

PAULO ROBERTO FONSECA BARBOSA

O PODER COMPLEMENTAR DOS JUÍZES

Instrumentos para o controle da expansão penal

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes.

ARACAJU – SE
2015

Aos meus três amores: Raquel, Paulinho e Pedrinho,
por estarem sempre ao meu lado, servindo como
fonte constante de irradiação de amor e energia a
cada passo dessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro plano, ao Grande Pai Celestial, pois só ele viu e sabe de tudo. Ele que nunca me abandonou em toda minha trajetória de vida, estando sempre ao meu lado nos momentos de tristeza ou de alegria. É para ti, Senhor, mais essa conquista alcançada.

A realização desse projeto também não seria possível sem o apoio fundamental de minha família: Raquel, Paulinho, Pedrinho, Maria Luiza, Ana Paula, Aloísio, Georgina e Ana Amélia. Vocês formam a base de sustentação sem a qual eu não teria inspiração e alegria suficientes para trilhar por novas veredas, superando novos desafios. Eu amo, incondicionalmente, todos vocês.

Aos meus “irmãos da vida”, Fernando Luis Lopes Dantas e Geílton Costa da Silva, agradeço de coração cada minuto de atenção. Vocês representam muito para mim, servindo como paradigma de caráter a ser seguido. Tenham a certeza de que em mim terão sempre um irmão para todas as horas.

Todos os meus colegas de mestrado também tiveram grande participação nessa empreitada, contribuindo de forma generosa para minha formação intelectual através de debates primorosos em sala de aula. Em especial, lembro de Cecília Nogueira Guimarães Barreto, sempre atenciosa e disposta para auxiliar, mostrando o verdadeiro sentido da amizade.

Não posso esquecer-me do saudoso e eterno Professor Djalma Eutímio de Carvalho (*in memoriam*), pessoa responsável pelos meus primeiros ensinamentos de Direito Penal, ministrados na Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), em Ilhéus/BA. A presente dissertação, velho Dja, certamente tem muito de você.

Dirijo meus agradecimentos ainda a todos os servidores e Professores do PRODIR, os quais dispensaram substancial parcela na concretização desse objetivo. Faço um registro destacado ao denodo e zelo da servidora Catiuscha Pitombo, bem como ao modo delicado e ao mesmo tempo eficaz da Professora Flávia Moreira Guimarães Pessoa transmitir conhecimento.

Por fim, um agradecimento especial segue ao meu orientador, Professor Carlos Alberto Menezes, figura expressiva na arte de ensinar o Direito Penal, o qual teve a paciência de servir como um farol de sabedoria a guiar-me na feitura da presente dissertação, compartilhando comigo ideias preciosas para a organização do meu pensamento jurídico.

Despeço-me, após dois anos de estudo intenso e direcionado, com a plena convicção de que me tornei uma pessoa melhor em todos os sentidos. E, ao meu sentir, é justamente nisso que reside o grande sentido da vida: viver para se tornar cada dia melhor. Viver para evoluir, crescer, aprimorar e ajudar. Dessa maneira, viabilizaremos a construção de um mundo melhor para se viver em harmonia.

Muito obrigado!

Não devo me iludir, certamente, quanto à eficácia das minhas palavras, mas de acordo com os ensinamentos do incomparável filósofo, que, ao menos, todos devem conhecer em Cristo, quando O querem conceber apenas como um homem, devo saber que as palavras são como sementes. Apesar deste meu trigo ainda estar misturado a muito joio, é possível que, aqui ou ali, algumas das suas sementes germinem; então, sem pretensão, mas com muita devoção, sigo semeando, não por entender que a colheita me recompense a cem, sessenta, ou trinta por um, mas por saber que, se porventura uma só delas cair em terra fértil e, germinando, florescer, não terei semeado em vão.

Francesco Carnelutti

RESUMO

O direito penal é a forma mais drástica de intervenção estatal sobre a liberdade humana, trazendo-lhe marcas indeléveis. Razão disso, sua atuação deve ser comedida, limitando-se a atuar de forma adequada e necessária. A presente dissertação insere-se nesse contexto, tendo em mira demonstrar especificamente a imposição constitucional direcionada ao Poder Judiciário brasileiro de impedir a utilização expansiva e, portanto, espúria do direito penal. Centra-se energia em atacar precisamente o problema denominado de administrativização do direito penal, traço marcante da sociedade de risco, caracterizada pela ampliação ilegítima do direito penal. Para tanto trata-se do neoconstitucionalismo no capítulo inaugural e todos os seus efeitos sobre a atuação do Poder Judiciário, mormente focando no poder de complementação judicial. No segundo capítulo, apresenta-se a teoria constitucional do garantismo como um dos marcos teóricos da dissertação, procurando-se demonstrar toda essência garantista da Constituição brasileira. No terceiro capítulo, busca-se delinear a nova estruturação social, agora pautada no risco, e suas repercussões no campo do direito penal. Discorre-se, com olhar crítico, principalmente, sobre a antecipação da tutela penal, consubstanciada pelos crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos, fazendo-se uma abordagem do direito nacional e estrangeiro. Por fim, diante do novo cenário apresentado, indica-se a forma de atuação judicial mais consentânea com o texto constitucional brasileiro, através da teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal, acenando para a dignidade da pessoa humana, devido processo penal, o funcionalismo penal e a interpretação conforme a Constituição como mecanismos legítimos na atividade de contenção do processo de ampliação ilegítima do direito penal no Brasil. Adotaram-se principalmente as contribuições científicas de Mauro Cappelletti, Luigi Ferrajoli, Ulrich Beck e Jesús-Maria Silva Sánchez, sendo utilizado o método indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

PALAVRAS CHAVES: Poder Judiciário. Garantismo. Direito Penal. Administrativização. Sociedade do Risco. Supremacia da Constituição.

RIASSUNTO

Il diritto penale è la forma più drastica di intervento a riguardo della libertà umana, tracciando segni indelebili. Per questa ragione, la sua attuazione deve essere misurata, limitandosi ad attuarla nella forma adeguata e necessaria. Il presente studio si inserisce in questo contesto, avendo come obbiettivo quello di dimostrare l'imposizione costituzionale direzionata al Potere Giudiziario brasiliano, per impedire l'uso esteso e perciò incorretto del diritto penale. Si focalizza l'energia per affrontare precisamente il problema succitato dalla dottrina amministrativistica del diritto penale. Per tanto viene trattato, nel capitolo iniziale, il neocostituzionalismo e tutti i suoi effetti relativi alla attuazione del Potere Giudiziario, meramente focalizzando nel potere di complementazione giudiziale. Nel secondo viene presentata la teoria costituzionale del garantismo come uno dei punti essenziali teorici della dissertazione, cercando di dimostrare tutta l'essenza garantista della Costituzione brasiliana. Nel terzo capitolo viene delineata la nuova struttura sociale, basata sul rischio, e le sue ripercussioni nel campo del diritto penale. Viene discussa, con occhio critico, principalmente, circa anticipazioni della tutela penale, circostanziata dai crimini di pericolo astratto e delitti cumulativi, viene eseguita una delucidazione del diritto nazionale e straniero. In fine di fronte al nuovo scenario presentato, viene indicata la forma di attuazione giudiziale più adeguata al testo costituzionale brasiliano attraverso la teoria degli strumenti limitativi della espansione penale, risaltando la dignità della persona umana, il giusto processo penale, il funzionalismo penale e la interpretazione conforme alla Costituzione come meccanismi legittimi nella attività del contenimento del processo di ampliamento illegittimo del diritto penale in Brasile. Vengono adottati principalmente i contributi scientifici di Mauro Cappelletti, Luigi Ferrajoli, Ulrich Beck e Jesús-Maria Silva Sánchez, utilizzando il metodo induttivo e la tecnica di ricerca bibliografica, legislativa e giurisprudenziale.

PAROLE CHIAVI: Potere Giudiziario. Garantismo. Diritto Penale. Amministrativismo. Società del rischio. Supremazia della costituzione.

Introdução.....	09
------------------------	-----------

Capítulo I: O neoconstitucionalismo como fenômeno propulsor do poder complementar dos juízes: em busca da justiça penal constitucional brasileira

1. Considerações preliminares.....	14
2. Linhas gerais sobre o neoconstitucionalismo. Origem. Características.....	14
3. Delineamento do neoconstitucionalismo brasileiro.....	19
4. O Poder Judiciário e seu redimensionamento constitucional: a imposição de uma nova conformação do princípio da separação entre os Poderes?.....	26
5. O poder complementar e a supremacia normativa dos juízes diante do vácuo legislativo e da mutação social.....	33
5.1 A legitimidade do poder complementar dos juízes.....	38
5.2 O poder complementar dos juízes como modulador da Constituição Penal: uma possibilidade garantista.....	44

Capítulo II: A teoria do garantismo como marca essencial da Constituição Federal brasileira e via de alcance do minimalismo penal

1. Considerações preliminares.....	49
2. O garantismo. Linhagem histórica e conceitual.....	49
2.1 A legalidade penal aos olhos do garantismo.....	54
2.2 As quatro dimensões do poder judicial: indicação, verificação, conotação e disposição.....	61
3. É o bem jurídico penal uma garantia intransponível do Estado Democrático de Direito?.....	67
4. O princípio da lesividade como elemento estrutural da sentença penal condenatória.....	73
5. Executivo, Legislativo e Judiciário: a cooperação entre os Poderes e a busca do minimalismo penal como via legítima.....	76

Capítulo III: A era pós-industrial e o advento da sociedade de risco: o consumo, o medo e a fluidez da comunicação passam a ditar as regras de um novo e (i)legítimo direito penal

1. Considerações preliminares.....	84
2. A sociedade de risco. Formação. Características.....	84
3. O consumismo e suas implicações na órbita do Direito Penal.....	90
4. O medo potencializado pela fluidez comunicativa.....	95
5. A constituição simbólica e a legislação penal álibi como elementos da sociedade de risco.....	100
6. A administrativização do direito penal brasileiro: antecipação da tutela penal e crimes de perigo abstrato. A inusitada figura dos delitos cumulativos. Soluções propostas por Hassemer e Sanchez.....	106

Capítulo IV: O Poder complementar dos juízes e a teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal: uma proposta de racionalizar o direito penal na sociedade de risco

1. Considerações preliminares.....	117
2. O poder complementar dos juízes e a teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal.....	117
3. O reconhecimento judicial da dignidade humana como diretriz interpretativa. Juridicidade. Impossibilidade de retrocesso legislativo penal.....	120
4. Do devido processo legal ao devido processo penal material: a participação fundamental dos juízes.....	127
4.1 Acepção formal.....	129
4.2 Acepção material.....	132
4.3 O devido processo penal substancial e suas possíveis implicações na expansão do direito penal brasileiro.....	134
5. O funcionalismo penal e sua legitimidade constitucional e doutrinária	138
6. A interpretação conforme a constituição e sua vinculação ao princípio da lesividade	149
Conclusões.....	156
Referências bibliográficas.....	163

Introdução

A Assembléia nacional constituinte talhou o preâmbulo da nossa Constituição Federal, instituindo um Estado democrático destinado a assegurar a liberdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Outrossim, a Carta Magna erigiu como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, ainda, afirmou possuir como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (respectivamente, arts. 1º e 3º da Constituição Federal). Por outro lado, é cediço que os textos constitucionais contemporâneos gozam de máxima força normativa, materializando-se em norma suprema de cada ordenamento jurídico, tudo em consonância com o novo momento experimentado pelo direito constitucional, oriundo do ocaso da Segunda Grande Guerra, conhecido como neoconstitucionalismo.

Com efeito, o neoconstitucionalismo desencadeou uma onda de modificações substanciais nos ordenamentos jurídico-constitucionais hoje vigentes, as quais terminaram repercutindo em vários segmentos sociais. Após a comunidade jurídica mundial ter reconhecido que o Estado Legal de Direito não era capaz de impedir o uso abusivo da própria lei, era a vez de se lançar mão do Estado Constitucional de Direito. Então, de simples recomendações políticas, com natureza principiológica e baixo poder normativo de incidência prática, as Constituições transformaram-se no parâmetro de construção do direito, ostentando o ápice da pirâmide normativa e constituindo-se na morada definitiva dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Por sua vez, esse novo quadro de normatividade sucintamente relatado trouxe a reboque a implementação da jurisdição constitucional, a ser exercida através da atuação do Poder Judiciário.

Diante da força normativa e da natureza principiológica dos novos textos constitucionais, o poder de criatividade inerente à atividade dos juízes restou potencializado por conta da necessidade de densificar cláusulas abertas, de proceder à delimitação de conceitos jurídicos indeterminados, bem como diante da imposição de aclarar princípios constitucionais e infraconstitucionais. Esse poder de criação judicial vem sendo alvo de muitas críticas e por vários motivos, desde a legitimidade dos juízes no desempenho dessa tarefa de criação até questões atreladas à preservação do princípio da separação entre os Poderes, demandando, sem dúvidas, constante estudo. E é

justamente esse poder criativo dos juízes o alvo da presente dissertação, correlacionando-o com o fenômeno da expansão penal no Brasil, outro tema candente e assaz controvertido na atualidade.

Informa-se, desde logo, que se preferiu a utilização do termo complementação em vez de criação, pelos motivos expostos ao longo do trabalho, justificando, assim, o título da pesquisa. Entretanto, a dissertação inicia-se tratando do poder de criação dos juízes, por razões propositais, de modo a deixar bem evidenciada a linha tênue divisória entre os termos. Além disso, por meio desse atraso nominativo intencional, objetivou-se também possibilitar ao leitor a realização da leitura inicial com o termo mais utilizado, com críticas ou não, pela doutrina para, no decorrer do texto, apresentar uma nova definição, a qual se entendeu mais adequada para a nova realidade constitucional até agora vivenciada, tendo-se em mira amortecer, através do poder da semântica, as objeções calcadas na impossibilidade de os juízes criarem o direito e a alegação de usurpação de competências constitucionalmente estabelecidas.

E dessa junção analítica entre o poder complementar dos juízes e a expansão do direito penal retirou-se a questão problema da presente dissertação, qual seja: o poder de complementação judicial pode contribuir na contenção da ilegítima expansão do direito penal brasileiro? Percebeu-se que o encontro da resposta exata ao problema proposto pode trazer importantes contribuições para o início de desenvolvimento sadio e racional do sistema criminal no Brasil, mormente reduzindo o raio de abrangência daquele sistema para alcançar somente aquelas hipóteses realmente necessárias, realçando o caráter subsidiário do direito penal, com o intuito de promover a dignidade da pessoa humana, consoante idealizado pela Constituição vigente. Nesse passo, a pesquisa adotou o método de abordagem indutivo, visando analisar a possibilidade de as decisões judiciais servirem como obstáculo adequado ao crescimento ilegítimo do direito penal. Foram empregadas na pesquisa as técnicas bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Doravante, convém mencionar o plano de exposição do estudo.

A primeira premissa é sedimentada ao longo do primeiro capítulo, quando se defende que o neoconstitucionalismo foi o acontecimento jurídico que forneceu um novo padrão ao direito ocidental, incluindo o direito brasileiro, erigido após a Segunda Grande Guerra. Dentro desse novo modelo de direito, procura-se evidenciar a supremacia normativa do Poder Judiciário, ao qual se atribuiu a difícil e, ao mesmo momento, sublime missão de resguardar a força normativa da Constituição. Outrossim, vislumbra-se, nesse contexto modificativo, a existência do poder complementar dos

juízes, ao mesmo tempo em que se almeja comprovar ser esse um poder legítimo e que contribui de forma significativa para o fortalecimento dos anseios constitucionais, sem afetar a separação entre os Poderes. Para tanto, o principal marco teórico utilizado é a obra de Cappelletti, “Juízes legisladores”. Mostra-se, ainda, ao final do capítulo, que o poder judicial mencionado pode e deve ser utilizado na construção de um direito penal constitucional garantista.

O segundo capítulo é marcado por demonstrar que a Constituição Federal brasileira traz em si a essência da teoria do garantismo constitucional, retratada na obra de Ferrajoli, “Direito e razão”. Isso porque, de forma límpida, através de sua leitura, denota-se a necessidade de se empunhar a bandeira do minimalismo penal, com intensa limitação do poder punitivo estatal, mirando a maximização da liberdade humana. Por tal razão, promove-se uma análise das quatro dimensões do poder judicial, à luz do garantismo. Fundamenta-se a imperiosa exigência de reconhecimento da figura do bem jurídico penal como elemento intransponível do Estado Democrático de Direito. Após isso e como decorrência da essencialidade do bem jurídico penal, firma-se a imprescindibilidade do princípio da lesividade como elemento estrutural de toda sentença penal condenatória. Por último, afirma-se que os três Poderes têm a obrigação constitucional de implementar práticas garantistas, tanto mais por conta do atual quadro patológico de ilegitimidade vivenciado pelo direito penal, o qual vem se constituindo em instrumento estatal de constrangimentos inconstitucionais em desfavor dos indivíduos.

Avançando ao terceiro capítulo, a ideia é retratar a formação da sociedade de risco, fazendo uma incursão histórica de seu nascimento e apresentando suas principais características, tendo por norte a doutrina de Beck, lançada em seu livro “Sociedade de Risco”. E, dentre as características detectadas, analisa-se principalmente o consumo como peça chave daquela sociedade. Mostra-se o consumo como um elemento que impulsiona a formação do risco, além de ser também fator potencializador do aumento da criminalidade, trazendo consigo medo social generalizado e, por consequência, expansão do direito penal, motivo por que se aproveitam as lições de Sánchez, embutidas em “A expansão do direito penal”. Prega-se a consolidação do entendimento por meio do qual a referida expansão vem sendo feita ao arrepio da nossa Constituição. Pretende-se explicar que a necessidade de proteger os novos bens jurídicos do risco tem produzido a gestão administrativa do direito penal, a utilização excessiva dos crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos e o crescimento da legislação penal simbólica,

deturpando a ideia de bem jurídico e ao mesmo tempo relativizando o princípio da lesividade, fatores que posicionam o direito penal como *prima ratio* da intervenção estatal. Inaugura-se, assim, o direito penal da precaução, formando um cenário de duvidosa constitucionalidade que será objeto de avaliação.

O local da dissertação onde se situam os instrumentos para solucionar o problema proposto é o quarto e último capítulo. É nele que se objetiva traçar os contornos da atuação do Poder Judiciário, de modo a compatibilizar o resguardo da essência constitucional garantista, por meio do uso racional do direito penal, na sociedade de risco. Pretende-se demonstrar que o poder de complementação dos juízes tem a possibilidade de harmonizar a coexistência racional entre os preceitos constitucionais e o novo direito penal resultante da nova realidade social, evitando o uso excessivo do controle de constitucionalidade para rejeição de enunciados normativos em tese inconstitucionais. Enfrentam-se, ao lume dos axiomas construtores do garantismo, os problemas dos crimes de perigo abstrato e dos delitos por acumulação, reafirmando o caráter subsidiário do direito penal, tendo por escopo conduzir os lindes da jurisdição às raias da legitimidade exigida pelo Estado Democrático de Direito, dentro de um panorama interpretativo viável.

Ainda no quarto capítulo e com a finalidade de viabilizar o poder de complementação judicial, apresenta-se à comunidade jurídica a teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal, formada pelos seguintes instrumentos: i) a dignidade da pessoa humana; ii) o devido processo penal material; iii) o funcionalismo penal; e iv) a interpretação conforme a Constituição. Nesse pedaço da dissertação, cada instrumento recebe minuciosa análise individual, desde a formação histórica até sua incidência prática no combate à expansão penal, sempre no afã de adequar a atuação legislativa aos comandos da Constituição. Pretende-se, a todo o momento, construir uma conexão entre cada instrumento e o poder complementar dos juízes através da indicação de entendimentos doutrinários, colhidos no direito brasileiro e estrangeiro, e pelo fornecimento de exemplos reais e imaginários, mas com perfeita aplicação empírica.

Demonstra-se que a dignidade humana, como o primeiro instrumento da teoria, deve ser um norte a guiar toda interpretação penal, a qual deve ser pautada sempre na busca da mínima intervenção. Como segundo instrumento, explica-se que o devido processo legal teve seu raio de atuação aperfeiçoado pelos juízes e, já há algum tempo, ostenta uma versão formal e outra material, tendo esta última versão originado o devido processo penal material, com aptidão para contribuir na contenção do direito penal. O

funcionalismo penal é estudado como o terceiro instrumento, com potencial de influenciar na formação de um novo direito penal, marcado por uma dogmática mais racionalizada, capaz de sobreviver perante a sociedade de risco. Por fim, o derradeiro instrumento de limitação penal é o princípio da interpretação conforme a Constituição, servindo como uma ponte no cotejo do direito penal ante os princípios constitucionais relativizados pela sociedade de risco, atuando como técnica de interpretação ou mecanismo de controle de constitucionalidade.

Percebe-se que, ao lado do problema sugerido, objetivo e móvel principal da pesquisa, são elencados os objetivos específicos, quais sejam: sublinhar a importância do neoconstitucionalismo e suas implicações na conformação atual do Poder Judiciário no Brasil, mais especificamente no campo do direito penal; demonstração que a Constituição Federal brasileira tem em si embutidos todos os princípios formadores da teoria do garantismo, sendo, portanto, uma Constituição com essência garantista; comprovação que o surgimento da sociedade de risco trouxe consigo novos problemas, dentre os quais se menciona a administrativização do direito penal, a utilização demasiada dos crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos e o crescimento simbolismo penal, que não conseguem obter resposta legítima junto ao direito penal clássico; desenvolvimento de sugestões e bases normativas para compatibilização ou mesmo resolução dos problemas em face da legislação constitucional e criminal brasileira por meio principalmente da atuação do Poder Judiciário.

Cuida-se o tema, enfim, de tema vivo para o debate acadêmico e afeto aos fundamentos e objetivos republicanos, fortalecidos pelo atual contexto vivenciado pelo direito constitucional (*rectius*, neoconstitucional), com nítido propósito de afastar a atuação espúria do direito penal pela via da legítima atuação do Poder Judiciário. A dissertação, fiel às premissas noticiadas, trilhará por uma linha sedimentada no empoderamento dos direitos humanos, na valorização das garantias fundamentais e no desejo de ver construída a tão almejada ordem jurídica materialmente justa, resguardando, dessa forma, os direitos mais vitais do ser humano. Ademais disso, sublinha-se a carência de literatura específica sobre a temática em estudo, referente à junção entre o poder de complementação dos juízes e a expansão do direito penal, mais um motivo para justificar a feitura do presente trabalho.

Capítulo I: O neoconstitucionalismo como fenômeno propulsor do poder complementar dos juízes: em busca da justiça penal constitucional brasileira

1. Considerações preliminares

A primeira premissa do tripé que embasa a conclusão do nosso estudo é sedimentada no discorrer desse primeiro capítulo, quando defenderemos que o neoconstitucionalismo foi o acontecimento jurídico que forneceu um novo padrão ao direito ocidental, incluindo o direito brasileiro, erigido após a Segunda Grande Guerra. Dentro desse novo modelo de direito, procuraremos evidenciar a supremacia normativa do Poder Judiciário, ao qual se atribuiu a difícil e, ao mesmo momento, sublime missão de resguardar a força normativa da Constituição. Outrossim, veremos, nesse contexto modificativo, a existência do poder complementar dos juízes, ao mesmo tempo em que almejaremos comprovar ser esse um poder legítimo e que contribui de forma significativa para o fortalecimento dos anseios constitucionais, sem afetar a separação entre os Poderes. Mostraremos, ainda, ao final do capítulo, que o poder judicial mencionado pode e deve ser utilizado na construção de um direito penal constitucional garantista.

2. Linhas gerais sobre o neoconstitucionalismo. Origem. Características

É preciso voltar os olhos ao passado para compreender melhor a evolução e a magnitude dos textos constitucionais ora vigentes no direito ocidental.¹ A necessária história de conquistas da humanidade na efetivação normativa de direitos e garantias fundamentais coincidiu com a racionalidade e com o advento das Constituições. Com efeito, antes do surgimento do Estado Moderno, a razão era posta num plano medíocre e toda explicação fenomenológica era adligada aos dogmas religiosos e explicações

¹ A importância da análise histórica é incentivada por Hesse (2009, p. 2), para quem “Parte do reconhecimento de que a constituição de uma comunidade política concreta, seu conteúdo, a singularidade de suas normas e seus problemas hão de ser compreendidos de uma perspectiva histórica. Só a consciência dessa historicidade permite a compreensão total e o juízo acertado das questões jurídico-político-constitucionais.”

divinas. Por sua vez, o homem ocupava um espaço secundário e até mesmo sua mobilidade social era inaceitável, proibida. Nascia-se e morria-se sem perspectivas gerais de mudanças. O homem não era senhor do seu destino. Todavia, o fortalecimento da classe burguesa e o impulso ao uso da razão – em todos os setores – modificaram o curso da história, inaugurando uma nova era.

A bem da verdade, os obstáculos impostos pelo regime absolutista iam de encontro aos ideais da burguesia, classe econômica em início de ascensão. A impossibilidade de reconhecimento político e escalada social atormentava a classe que sustentava economicamente um modelo justificado por um direito natural oriundo da vontade divina, mas sem respaldo da vontade popular. Surgia, sob tal prisma, a necessidade de se criarem novas doutrinas e mecanismos hábeis a justificar a derrocada de um quadro social aparentemente estável por muitos séculos. Nesse contexto, tudo passou a ser questionado, fato antes até então inimaginável, ensejando um cenário sombrio, intensificado pela Inquisição, quando um rosário de atrocidades foi praticado em nome de Deus e no afã de manutenção brutal do *status quo*.

Por meio de um direito natural, agora alimentado pela razão, o homem passou não somente a questionar, mas também rejeitou os dogmas do teocentrismo, inaugurando um período da história chamado de renascimento, quando passou ele – o homem – a ocupar o centro do universo. Outrossim, a doutrina do Iluminismo, estendendo a bandeira da racionalidade, teve papel fundamental na distinção entre ciência e religião, abrindo o caminho para a evolução do pensamento intelectual. Por fim, o princípio da legalidade, edificado pela mente dos contratualistas,² também se apresentou como mais um instrumento de limitação ao absolutismo. Desse modo, a mescla entre o direito natural e o Iluminismo conduziu o homem “às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado” (BARROSO, 2012, p. 259).

Diante de tal perspectiva, as revoluções dos séculos XVII e XIX tiveram como pano de fundo sócio-político uma marcante atuação do liberalismo, com o nítido propósito de implementar a livre concorrência, impossibilitando a ingerência estatal,

2 As teorias sobre o contrato social se espalharam entre os séculos XVI e XVIII, possuindo como intento justificar e requerer a formação dos governos. Dentre seus principais nomes, podemos citar: Thomas Hobbes (1588), Jhon Locke (1632), Charles de Montesquieu (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1712). Confira-se, a propósito, Soares (2011, p. 47-72).

então mitigada pelo princípio da legalidade e pelo fenômeno das codificações. De início, como visto, as bases filosóficas eram extraídas do jusnaturalismo divino, e, num segundo momento, o combustível a impulsionar os ideais burgueses era o jusnaturalismo racional. Todavia, o avanço burguês urgia por mais previsibilidade e segurança normativa, de modo que era vedada a interpretação legal – era a vez do positivismo jurídico, da busca pela neutralidade e cientificidade do direito, além da perigosa junção entre direito e normatividade estatal (*rectius*, lei).

Nesse contexto histórico, já inservível, saía de cena o direito natural.

Ao mesmo tempo, ante um capitalismo seminal, aliado à busca pela efetivação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, bem como mirando a formalização da separação de Poderes, seguiam-se as limitações dos poderes do Estado, com o advento das constituições escritas. Iniciavam-se aqui as bases para o denominado constitucionalismo moderno. A partir daí, os textos constitucionais evoluíram gradativamente. De simples pedaço de papel, subjugado aos fatores reais de poder, consoante defendia Lassalle,³ as Constituições passaram a ocupar posto de Lei Fundamental, constituindo-se em pedra angular de todo sistema normativo vigente, sob os auspícios do Positivismo. Lançando mão do escólio de Kelsen, densificados em 1934, em sua obra mais famosa, “Teoria Pura do Direito”,⁴ denota-se que a Constituição é fincada no topo da pirâmide jurídica, fornecendo (in)validade às demais disposições legais.

3 Em 16 de abril de 1862, Lassalle (2003, p. 35) advogou sua tese fundamental sobre a essência da Constituição, pontuando que “juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra lei, e por conseguinte é punido.”

4Kelsen (1999, p. 247) asseverou que “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.”

Entretanto, o positivismo subjacente ao constitucionalismo moderno, repudiando os princípios jurídicos e dissociando-se dos valores éticos e humanitários, foi alvo de severas e fundamentadas críticas, advindas da comunidade jurídica mundial. Com efeito, o Estado Nacional Socialista (eufemismo para Estado Nazista) mostrou para o mundo a falência do princípio da legalidade como único mecanismo de legitimação do poder. Na referida modalidade de Estado, a lei obtinha validade pela sua forma de nascimento, sem guardar nenhuma obediência ao conceito material de justiça. Assim, amparado pela lei, o governo nacional socialista alemão cometeu o extermínio de milhões de pessoas politicamente indesejadas,⁵ sob argumentos pífios e jamais aceitados.

Era preciso, então, traçar sustentáculos para uma nova teoria jurídica, após o transcurso das duas grandes guerras mundiais. O Estado Legislativo de Direito deveria ceder espaço ao Estado Constitucional de Direito, por meio do qual a legalidade ocuparia um plano secundário diante das disposições constitucionais, as quais passariam a ser dotadas de supremacia material,⁶ tendo como bússola a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. Dessa maneira, seria possível uma lei ser formalmente válida e não encontrar morada no ambiente constitucional, ante eventual desrespeito aos preceitos substanciais positivados pelo constituinte originário. Para tanto, o direito muda a sua roupagem, passando doravante a destilar a robustez do seu

5 Sobre o tema, Conde (2005, p. 226-227), quando comenta Dachau, um dos campos de concentração mais temidos durante o nazismo: “Originariamente, foi concebido para receber opositores políticos ao regime nazista, principalmente comunistas, mas já desde o primeiro momento foram internados também nele os associais, e a partir de 1938, depois da *Kristallnacht*, os judeus. Posteriormente se foram trasladando a ele pessoas, principalmente judeus, sacerdotes católicos poloneses, ciganos, etc., procedentes dos países do Leste Europeu ocupados pelas tropas alemãs (Polônia, Rússia, Países Balcânicos, etc.). Também houve espanhóis, exilados depois da Guerra Civil e detidos na França. Em seus 12 anos de vida passaram por ali mais de 200.000 pessoas, mesmo dado que muitas pessoas nem sequer foram registradas, quíça este número seja maior. Oficialmente, houve durante estes anos quase 30.000 falecimentos. Ainda que igualmente devem ter existido muitos mais executados nas câmaras de gás ou fuzilados.”

6 Ganha relevo aqui a ideia de filtragem constitucional, a qual acena para a “preeminência normativa da Constituição, pressupondo também uma teoria da norma constitucional que compreendesse a sua dimensão normativo-linguística e também material” (SCHIER, 2007, p. 252).

caráter axiológico – é a era da força normativa dos princípios (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 39-40).

Em breves linhas, eis o surgimento do neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, aos nossos olhos, consubstancia uma nova fase do direito constitucional ocidental, com traços próprios marcantes e bem delineados, sem precedentes na história, desencadeando um enquadramento diverso ao Positivismo antes reinante.⁷ Por certo, os textos constitucionais de outrora não possuíam normatividade suficiente ao ponto de se tornarem exeqüíveis, gerando direitos subjetivos. Ao revés, traziam em si normas de organização políticas sem força de aplicação e princípios com baixa densidade normativa e alto grau de abstração, ficando relegados ao segundo plano.⁸ A primazia era da lei de efeito concreto, a qual criava direitos subjetivos, decidindo litígios, ao passo que os princípios eram desacreditados. O Positivismo, então, sem obter êxito em “explicar a realidade normativa dos princípios, negava-se a juridicidade destes para salvaguardar o modelo teórico” (SCHIER, 2007, p. 257).

Entretanto, o ocaso da Segunda Guerra Mundial desencadeou verdadeira “revolução copernicana do Direito Público” (MIRANDA, 2007, p. 29). As constituições, até então esquecidas, por conta de sua natureza principiológica e com hierarquia usual de inferioridade em cotejo às leis vigentes, foram içadas ao posto de protagonistas desse mais novo capítulo sobre o filme da história da humanidade. Essa evolução dos textos constitucionais contemporâneos passou a evidenciar características peculiares, quais sejam: a) a sua natureza de norma jurídica imperativa e exigível; b) a supremacia material das disposições constitucionais ante o ordenamento em geral; c) o encaixe das constituições em local de destaque no plano do direito, servindo como farol

7 Entretanto, alguns autores não constatarem diferenças entre o neoconstitucionalismo e o Positivismo. Por todos, Comanducci (2003, p. 87-88, tradução livre), quando nota que em face das mudanças “dos respectivos modelos de Estado e de Direito típicos do século XIX e da primeira metade do século XX, a teoria do direito neoconstitucionalista é nada mais que o positivismo jurídico dos nossos dias.” No original: *los modelos de Estado y de Derecho respecto a los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días.*

8 Canotilho (2003, p. 121) complementa, afirmando que, nessa época, “os códigos civis convertem-se na principal fonte de direito. São eles e não as constituições que fixam os princípios gerais do direito remetendo o texto constitucional para a categoria de uma simples ‘lei orgânica dos poderes políticos’.”

a iluminar todos os demais segmentos jurídicos, que passam doravante a ter leitura chancelada pela sua correlata constituição (BARCELLOS, 2011, p. 3).⁹

Por sua vez, essa nova teoria geral do direito constitucional vai necessitar de instrumentos para concretização prática de suas premissas, fazendo valer sua imperatividade, agora qualificada pelo selo de superioridade material. O controle de constitucionalidade,¹⁰ por meio da criação de Cortes Constitucionais, é o instrumento para tanto. Nesse passo, instituído o sistema do *judicial review*, perde força o Parlamento, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário passa a ter destaque, sendo o novo guardião dos direitos e garantias fundamentais, portando a última palavra sobre as eventuais celeumas normativas. Cria-se, por conseguinte, um cenário inovador, onde a aplicação *in concreto* das normas constitucionais vai desencadear o advento da jurisdição constitucional, mudando por completo a face das novas constituições, fornecendo-lhes características antes inexistentes – é o neoconstitucionalismo.¹¹

Além disso, o reconhecimento da força normativa constitucional e do seu eixo axiológico de sustentação, somado ao constante exercício dessa inovadora modalidade de jurisdição, vai trazer a reboque a necessidade de novas técnicas de interpretação, dotando o Poder Judiciário¹² com novas ferramentas para o bom exercício do seu mister, de molde a garantir maior eficácia e justiça nas decisões, superando velhos paradigmas. É bem de ver que o pós-positivismo, formado pela união do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, terminou por subsidiar a estréia de técnicas de hermenêutica, responsáveis por atribuir um olhar criativo “às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas

9 A propósito, Crisafulli (1993, p.70, tradução livre) explica a dupla função das novas constituições, a saber, servir de paradigma para atividade legislativa ordinária e também regular casos em concreto. Ditas Constituições seriam para o autor “Fonte superior de produção e fonte direta de produção, como habitualmente se diz; e talvez mais exatamente, fonte de produção de normas instrumentais (em particular, normas superiores de produção jurídica, institutivas e regulamentares das fontes subordinadas), como de normas materiais, disciplinadora de fatos e situações da vida real.” No original: *Fonte «sulla produzione» e fonte «di produzione», come si suol dire; e forse più esattamente, fonte di produzione così di norme strumentali (in particolare, norme sulla produzione giuridica, istitutive e regolatrice delle fonti subordinate), come di norme materiali, disciplinanti fatti e situazioni della vita reale.*

10 Tal modalidade de controle deita raízes na notória decisão do Juiz John Marshall, no caso *Marbury vs Madison*, em 1803, quando declarou inconstitucional uma lei americana à luz da Constituição Federal.

constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão” (BARROSO, 2012, p. 268-269 e s.).

Em terras brasileiras, conquanto a nova conformação constitucional antes descrita tenha se concretizado tardiamente (no ano de 1988), é forçoso constatar a exitosa missão levada a efeito pela atual Constituição vigente em promover a transição de um período nebuloso da nossa história, marcado por um regime autoritário, onde os atos de arbitrariedade e o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais eram praticados em larga escala, para um regime lastreado na democracia e no respeito à dignidade humana. Outrossim, o novo texto constitucional mostrou-se capaz de construir os símbolos de suas vitórias pela via da normatividade, possibilitando novas conquistas, incutindo na mente dos brasileiros a gênese da necessidade de se cultivar um sentimento constitucional, de modo a rejeitar a indiferença reinante outrora (BARROSO, 2006, p. 28-29).

3. Delineamento do neoconstitucionalismo brasileiro

Consoante acabamos de afirmar, embora a promulgação de nossa Constituição tenha ocorrido cerca de meio século após o período de instauração e consolidação do fenômeno neoconstitucional (aqui tendo em mente o ocaso da Segunda Grande Guerra e o advento dos Estados Constitucionais de Direito), o importante é que a última reunião do nosso poder constituinte originário rompeu de maneira substancial a ordem jurídica

11 Ariza (2003, p. 239, tradução livre) exalta o neoconstitucionalismo como um novo paradigma jurídico e sobre o uso do termo ensina que “Parece que a doutrina consolidou o uso da expressão «neoconstitucionalismo» ou «constitucionalismo avançado» ou «constitucionalismo de direitos» para designar o novo modelo jurídico que representa o Estado Constitucional de Direito que existe em alguns países europeus, como por exemplo Itália, Alemanha e Espanha” No original: *Parece que se ha consolidado en la doctrina el uso de la expresión «neoconstitucionalismo» o «constitucionalismo avanzado» o «constitucionalismo de derechos» para designar el nuevo modelo jurídico que representa el Estado Constitucional de Derecho que existe en algunos países europeos, como por ejemplo Italia, Alemania y España.* Adotaremos o termo neoconstitucionalismo, pois demonstraremos adiante tratar-se de um cenário jurídico até então nunca presenciado por ordenamento algum. Guimarães (2013, p. 103) afirma que “O neoconstitucionalismo é um fenômeno ocasionado pela nova percepção da Constituição, alterando-se a essência do arquétipo jurídico sem prescindir de modificação do conteúdo”.

12 Miranda (2007, p. 299) pontua que a força da jurisdição está atrelada ao ordenamento anglo-saxônico, judicialista por excelência, e aqueles outros ordenamentos centrados em constituições “com dispositivos muito amplos e elásticos.”

pretérita, inaugurando, por meio do atual texto constitucional, uma nova era jurídica. Tal assertiva encontra respaldo numa simples e rápida mirada nos títulos, capítulos e artigos do vigente texto magno, donde se vislumbra todo o dirigismo constitucional pretendido pela mencionada constituinte.

Dissemos que se inaugurou uma nova era, haja vista todo período ditatorial que se deixava para trás e, ainda, pela grande potencialidade normativa depositada na estréia da nova Constituição e no seu papel de influir positivamente na melhoria de vida dos brasileiros, inclusive no âmbito penal. Com efeito, depois da concretização do Golpe Militar de 1964, os brasileiros viveram por duas longas décadas nas quais houve o esquecimento pelo “Estado” dos mais básicos direitos constitucionais. Imperava-se a censura extrema em todos os segmentos sociais, políticos e culturais. Além disso, a tortura era utilizada amiúde pelos agentes estatais, na busca desenfreada por informações que levassem aos opositores do Estado Militar. E os opositores, vários deles, eram exilados, presos e assassinados sem qualquer espécie de temor constitucional.¹³

Dentro desse contexto ditatorial, a Constituição de 1946 vigente àquela época era um mero símbolo representativo com grandes conquistas normativas, mas carente de normatividade fática. Por sua vez, o Poder Judiciário se apresentava como um mero espectador das barbáries, sem força política e normativa para pôr um fim ou minorar todo aquele cenário de violação dos direitos e garantias mais básicos e já declarados noutras plagas.¹⁴ Portanto, diante de tais fatos, denota-se que ambas as Constituições

13 Gaspari (2002, p. 132) retratou com fidelidade referido momento da história brasileira (ano de 1964) no seguinte trecho: “No dia 2 de abril, no Recife, o dirigente comunista Gregório Bezerra foi amarrado seminu à traseira de um jipe e puxado pelos bairros populares da cidade. No fim da viagem, foi espancado por um oficial do Exército, com uma barra de ferro, em praça pública. Machucado e sentado no chão do pátio do quartel da Companhia de Motomecanização, no bairro da Casa Forte, Gregório Bezerra foi visto na noite de 2 de abril pelos expectadores da TV Jornal do Comércio, que o filmara. Episódios semelhantes repetiram-se em algumas cidades do país. Eram parte do jogo bruto provocado pela radicalização dos últimos anos. O medo entrara na transação política. De sua coluna diária no jornal *Correio da Manhã*, do Rio de Janeiro, Carlos Heitor Cony, primeira voz destemida a denunciar as violências, escrevia, no dia 7 de maio: ‘Para atender a essa gente, a todos os Joões de Tal que não voltaram ou não voltarão um dia, espero merecer a atenção e o respeito de todos. É preciso que alguém faça alguma coisa. E já que não se pode mais pedir justiça, peço caridade.’” (destaques originais)

14 Já existiam, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Contudo, “O

(1946/1967) vigentes durante o regime de exceção brasileiro não traziam consigo as características do novo direito constitucional emancipatório, o qual emergia no mundo ocidental pós-guerra, salvo as exceções de alguns países (Portugal, Espanha, Chile etc.) que ainda viviam sob regime ditatorial.

O curioso é que a Constituição de 1967, surgida em pleno regime de exceção, trouxe consigo a previsão normativa de elementos atinentes ao reconhecimento de um Estado Democrático de Direito, haja vista ter perpetuado o regime federalista (art. 1º), a autonomia dos Estados e Municípios (arts. 13 e 15), a competência tributária Estadual (art. 18), regras constitucionais para a desenvoltura do Senado (art. 41) e até mesmo previsão de um Poder Judiciário com garantias (arts. 112 e 113). Entretanto, não havia o interesse dos militares na limitação do poder, consoante previsto na Constituição de 1967. Assim, as previsões constitucionais não ganharam concretização. E, pior, as pretensões democráticas foram aniquiladas com o AI-5,¹⁵ o qual fechou o Congresso, atribuindo o poder de legislar ao Executivo, e, ainda, suspendeu as garantias constitucionais. E assim permaneceu a ordem constitucional brasileira sem modificações substanciais até o processo de reencontro da democracia iniciado lentamente por Geisel e finalizado com Figueiredo, último presidente militar (PELUSO; AMORIM, 2011, p. 250-287).

Caberia, então, à nossa atual Constituição inaugurar as bases do neoconstitucionalismo em terras tupiniquins. E dita inauguração se fez imponente e precisa, sem deixar margem para dúvidas sobre a real intenção do legislador dada a sutileza de detalhes na previsão normativa. A intenção era afogar o passado recente, criando uma Constituição com essência garantista. Mas é importante destacar que tudo se fez possível em grande parte graças aos movimentos populares, provenientes de uma gama de segmentos sociais, todos postulando pelo fim da ditadura, ou seja, o povo exigia mudança, sendo visível, por isso, a legitimidade dos pleitos. O parto

Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o nível de independência de que passou a gozar posteriormente”. (SARMENTO, 2013, p.86)

15 Consoante Sarmento (2013, p. 86), o regime militar brasileiro foi responsável pelo “constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas.”

constitucional, nesse cenário de efervescência social, ocorreu em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da chamada “Constituição Cidadã”.

Já em vigência, a nova Carta ainda não convencia a grande parte da comunidade jurídica brasileira sobre sua real aplicabilidade. Dito de outra forma, ainda não se acreditava em um dos pilares básicos (senão principal) do neoconstitucionalismo, a saber: a ideia de que os dispositivos constitucionais tinham realmente aplicação efetiva, normatividade, e que, por isso, poderiam resolver problemas em concreto. A verdade é que não existia o culto ao texto constitucional como agora acontece com normalidade. Isso em razão de termos vivido, por muito tempo, em períodos de “insinceridade constitucional” (BARROSO, 2006, p. 32) e certamente a aplicabilidade imediata da Constituição não seria aceita tão rapidamente. Se hoje é obrigação atender aos anseios do Diploma constitucional, àquela época era algo revolucionário.¹⁶

Em que pese a literalidade do artigo 5º, parágrafo primeiro, da atual Constituição verberar que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o certo é que a timidez inicial dos juízes era tamanha na concretização fática dos comandos embutidos na citada Carta. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), encarregado de ser o guardião constitucional, não contribuía com o tal desiderato. Tal fato se deu mormente em face das inovações substanciais decorrentes do neoconstitucionalismo já retratadas anteriormente, as quais, paulatinamente, foram ganhando reconhecimento no âmbito jurídico, e até mesmo

16 Barroso (2012, p. 20) cita, em ordem cronológica, a atuação decisiva dos professores Paulo Bonavides e José Afonso da Silva como dois expoentes pioneiros na arte de defender a normatividade constitucional antes de 1988. A propósito, colhe-se o seguinte trecho da obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, cuja publicação originária se deu em 1967, onde José Afonso da Silva (2008, p. 48) explica que “Nossa tese situa-se precisamente nesse terreno árduo da ciência do direito em geral e da ciência do direito constitucional em particular. Queremos demonstrar a improcedência daquela posição negativa, não só reafirmando a eficácia jurídica, maior ou menor, de todas as disposições constitucionais, e especialmente destacando o importante papel que as chamadas normas programáticas exercem na ordem jurídica e no regime político do país.”

extrajurídico,¹⁷ modificando de forma contundente a vida dos brasileiros em cada julgamento de relevo oriundo da Suprema Corte.

Sobre os motivos iniciais dessa timidez judicial na interpretação da Constituição até ali recém promulgada, são pertinentes as observações de Sarmento (2013, p. 93) ao sinalizar para a duvidosa escolha da constituinte em possibilitar a permanência no STF dos ministros escolhidos durante o regime de exceção, os quais “não tinham sintonia político-ideológica nem boa vontade diante do novo sistema constitucional, e que por isso se apegavam a visões e interpretações assentadas durante o regime pretérito, muitas delas francamente incompatíveis com a nova ordem”. Contudo, o tempo passou e, já há um bom tempo, tanto o STF, como os demais tribunais do país, passou a contar com magistrados comprometidos com a questão constitucional, antenados às novas transformações.

Após a breve incursão histórica sobre a transição do antigo regime constitucional até a consolidação do atual ordenamento, passaremos adiante ao delineamento das características de nossa Constituição, vendo mais à frente como essas características permearam (ou devem permear) o direito penal pátrio, guiando as atividades dos três Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), por intermédio de práticas garantistas, voltadas para uma maior efetividade possível da vontade constitucional.

Sem prejuízo de alguns traços identificadores já mencionados atrás, lançaremos mão do texto de Guastini (2007, p. 49-73), publicado na coletânea organizada por Carbonell, por entendermos ser o trabalho que traduziu a melhor forma de indicar as principais características visíveis do neoconstitucionalismo, com possibilidade de incidência no ordenamento constitucional brasileiro. Embora não use o termo neoconstitucionalismo ao longo do texto, Guastini (2003, p. 49) trata do fenômeno em tela como “constitucionalização do ordenamento jurídico”, acenando para a necessidade de as normas constitucionais impregnarem todo ordenamento ao fim da “constitucionalização”.

17 Basta vislumbrar os noticiários e cotidiano dos brasileiros, onde não raramente se discutem temas atrelados ao direito constitucional, vivificando a proposta de Häberle, por meio da qual a sociedade também é legítima interprete da Constituição do seu país. Häberle (1997, p. 13) defende que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”

Segue afirmando que o reconhecimento de um ordenamento constitucionalizado (*rectius*, neconstitucionalizado) é marcado por uma Constituição “extremamente invasora, intrometida (penetrante, invasiva), capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais” (GUASTINI, 2003, p. 49, tradução livre).¹⁸ E, para reconhecer um ordenamento como constitucionalizado, estabelece sete condições cumulativas, a saber: i) uma Constituição rígida; ii) a garantia jurisdicional da Constituição; iii) a força vinculante da Constituição; iv) a interpretação extensiva¹⁹ da Constituição; v) a aplicação direta das normas constitucionais; vi) a interpretação das demais leis conforme a Constituição; vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Cunha Júnior (2012, p. 123) noticia que foi o Lord James Bryce quem indicou a distinção precisa entre uma Constituição e uma Constituição flexível, qual seja: o grau de simplicidade na modificação. Assim, uma Constituição é classificada como rígida quando seu processo de alteração é mais complexo que a modificação de uma lei. Esse modelo é o ideal, pois assegura estabilidade e possibilidade de mutação. A rigidez de nossa Carta constitucional, desse modo, é patente, uma vez ser dificultoso o processo de sua reforma, embora já emendada por quase uma centena de emendas em pouco mais de um quarto de século.

Outrossim, ninguém duvida de que no Brasil a jurisdição constitucional encontra-se em franca expansão, onde o STF vem exercendo o seu papel de maior guardião do texto magno, com o apoio dos demais juízes. Apesar de já existente pela via difuso-incidental desde a primeira Constituição da República (1891), o controle de constitucionalidade foi impulsionado e aperfeiçoado a partir de 1988, com novos mecanismos de controle concentrado-principal²⁰. Um fator decisivo lembrado por Barroso (2006, p. 33) na ampliação da jurisdição constitucional foi justamente o fim da

18 No original: *extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.*

19 O autor utiliza o termo *sobreinterpretación* (GUASTINI, 2003, p. 53), dando a entender a necessidade de uma interpretação mais elástica. Preferimos traduzir como interpretação extensiva, por entender mais adequado com a ideia apresentada pelo autor. Dita modalidade de interpretação vai servir de suporte para o poder complementar dos juízes, explicado mais adiante, no último capítulo.

exclusividade do Procurador Geral da República na interposição da antiga e hoje inexistente representação de inconstitucionalidade. Atualmente, o rol de legitimados a questionar a (in)constitucionalidade dos atos normativos é bem mais amplo, assegurando a constante purificação da Constituição pelo Poder Judiciário.

E dita jurisdição tão-somente é possível em razão do reconhecimento da força normativa e vinculante da Constituição. Por certo, foi só com a difusão e aceitabilidade no seio da cultura jurídica brasileira da possibilidade de aplicação direta dos artigos constitucionais a problemas do nosso cotidiano que se instaurou um quadro propício para se deixar para trás a ideia de ser ela (a Constituição) uma mera declaração de boas intenções, ficando sua implementação ao alvedrio dos Poderes Executivo e Legislativo. E aqui foi fundamental a atuação do Poder Judiciário brasileiro, o qual foi deixando de lado sua timidez inicial e passou a ostentar com digna pujança o posto que lhe foi outorgado pela constituinte originária, a saber, o posto de guardião constitucional.

E ninguém ousa discordar que o Poder Judiciário vem dando conta de sua árdua missão aqui no Brasil. Sem querer menosprezar a atuação e a contribuição dos demais órgãos judiciais no trato da matéria constitucional, perpassando por todos os tribunais brasileiros (âmbito federal e estadual), é o STF o colegiado judicial protagonista das maiores vivências constitucionais do país, tanto mais porque é o responsável por sinalizar a interpretação mais consentânea com os desejos do legislador. E nesse mister, vem atribuindo valoração exata a determinados princípios, indicando em quais situações podem ser aplicados;²¹ tem densificado alguns conceitos constitucionais

20 Por exemplo, vale conferir nesse aspecto as Emendas Constitucionais 3/93 e 45/2004 e as Leis ordinárias n° 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/2006.

21 Como exemplo, vale citar o princípio da insignificância, haja vista o STF ter sedimentado os quatro vetores necessários para sua aplicação, através do julgamento do HC 84.412/SP, cujo relator foi o Min. Celso de Mello, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. O julgado foi paradigmático, servindo como um norte seguro a outras decisões com idênticas questões de fundo.

lacunosos;²² e até mesmo retirado do ordenamento as leis que repute inconstitucionais, atuando, segundo alguns,²³ como legislador negativo.²⁴

Atuando dessa forma, o STF e, grosso modo, todo o Poder Judiciário brasileiro, tem retirado proveito máximo dos dispositivos constitucionais, dando azo à chamada *sobreinterpretación*, preconizada por Guastini (2003, p. 54, tradução livre), “de maneira tal que se extraíam inúmeras normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política”.²⁵ E essa *sobreinterpretación* é ainda mais potencializada no caso brasileiro em razão da própria natureza dirigente da nossa Constituição, a qual buscou realmente ser invasiva, normatizando uma miríade de assuntos de forma principiológica. Justamente por isso, em casos de duvidosa interpretação e alcance, o Poder Judiciário é chamado a deliberar sobre temas que *a priori* seriam disciplinados pelos demais Poderes.

Todos esses traços ora delineados demonstram uma nova ordem constitucional brasileira, na qual ressoa evidente o grande salto de importância e responsabilidade dispensado ao Poder Judiciário. Essa responsabilidade atravessa todo o texto constitucional, tocando aos dispositivos ligados ao Direito Penal, donde buscaremos demonstrar oportunamente neste trabalho como o Poder Judiciário deve posicionar-se ante ao franco processo da expansão penal. Nesse passo, sendo o Poder Judiciário o modulador da Carta Constitucional, com poderes de ampliar, delimitar ou até mesmo extinguir o alcance de todos os atos normativos do país, a comunidade jurídica abriu o olhos, questionando o possível enfraquecimento de um dos princípios pilares da 22 Assim ocorreu com a regulação do direito de greve no serviço público via Mandado de Injunção 670/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007.

23 Embora anterior ao texto constitucional, o termo já foi utilizado no STF, por ocasião do julgamento da Representação 1.417, cuja relatoria coube ao Min. Moreira Alves, publicado em 15.04.1988.

24 Sobre essa possibilidade, Zagrebelsky (2007, p. 99, tradução livre) comenta que se trata de tema afeto ao complexo envolvimento entre justiça e política e que os juízes “Sabem bem que a acusação de atuar como legisladores, isto é, politicamente, ao invés de atuarem como juízes, é a mais grave que pode ser dirigida contra si.” No original: *Saben bien que la acusación de actuar como legisladores, esto es, políticamente, en vez de como jueces, es la más grave que pueda ser dirigida en su contra.*

25 No original: *de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expressas, idôneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política.*

Democracia, qual seja, o princípio da separação de poderes. Todavia, como veremos a seguir, o dito princípio constitucional passa a apresentar um novo viés.

4. O Poder Judiciário e o seu redimensionamento constitucional: a imposição de uma nova conformação do princípio da separação entre os Poderes?

Apresentada a nova ordem constitucional brasileira e cotejando-a com aquela outra ordem anterior, a conclusão é imediata: o Poder Judiciário foi, dos três Poderes, o que mais se engrandeceu, apresentando uma nova dimensão.²⁶ O reconhecimento e a valorização dos princípios, a amplitude inovadora e com maior flexibilidade na hermenêutica jurídica, com relevo para a ponderação de interesses, a abertura da argumentação jurídica à Moral, bem como o fenômeno de constitucionalização do direito levaram o Poder Judiciário a um local de destaque até antes sem precedentes. (SARMENTO, 2013, p. 92). Com efeito, diante de um modelo de Constituição dirigente, com lastro amplo de regulação vaga de direitos e tendo a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade, via jurisdição constitucional, a supremacia judicial normativa ressoou cristalina.²⁷

A primazia normativa do Judiciário desponta de vários ângulos. Primeiro, remonta do processo de principiologização escolhido pelo legislador constituinte, deixando a cargo dos juízes a tarefa de dirigir a aplicação dos princípios. Segundo, pela intenção do referenciado legislador de constitucionalizar um grande rol de direitos, normatizando inclusive a direção a ser adotada pelas políticas públicas em vários segmentos da sociedade. Terceiro, a própria Constituição estabelece como cláusula pétrea a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV), deixando a entender pela sua redação que nada ficará imune da apreciação judicial, nem mesmo a ameaça de lesão. Por fim, construiu-se um dos mais amplos sistemas de controle de constitucionalidade do mundo, mesclando os modelos de controle americano e europeu.

26 Dantas (2013, p. 183) acrescenta que “o Poder Judiciário teve restauradas e ampliadas as suas atribuições por força e vontade expressa do Poder Constituinte.”

27 Um pouco mais adiante, veremos que a supremacia normativa do Poder Judiciário vai preparar o caminho para o reconhecimento do poder complementar dos juízes na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, verberou de forma inquestionável que o juiz não mais seria a “boca que pronuncia as palavras da lei”.²⁸

E andou muito bem a constituinte originária ao dotar de primazia normativa o Poder Judiciário. Vejamos os motivos. Imaginemos a nossa Constituição, já caracterizada pelo amplo elenco de princípios e cláusulas abertas, sem a possibilidade do exercício da sua interpretação judicial e conseqüente implementação obrigatória. Sem sombra de dúvidas, grande parte do texto constitucional brasileiro voltaria ao passado, tornando-se apenas um mero documento político raquítico, sem normatividade alguma. Como já dito, uma carta de boas intenções, e mais nada além disso. E o fato seria ainda mais grave por essas bandas, onde o Estado é, por vontade legislativa, tipicamente provedor. Se a norma é constitucional e não é cumprida, o Judiciário tem o poder de obrigar os demais Poderes a respeitar a vontade constitucional.²⁹

De outro giro, o poder de interpretação e imposição judicial não teriam grande valia democrática, se não fossem complementados por um amplo sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, marcado principalmente por um grande número de legitimados a suscitar o exame de (in)compatibilidade vertical dos atos advindos do Legislativo e do Executivo. E assim, foi feito. Como já delineado linhas atrás, a Constituição de 1988 aumentou significativamente o número de legitimados a propositura das ações constitucionais diretas junto a nossa Corte Constitucional, o STF, levando ao incremento da jurisdição constitucional, na qual os juízes são chamados a

28 Aqui, a referência é ao famoso livro de Montesquieu (2012, p. 176), “Espírito das Leis”, quando disse que os juízes não são “mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”.

29 Paiva (2013, p. 500) lembra do termo “juristocracia” “Para transmitir a ideia segundo a qual o judiciário assume proeminência decisória dentro da estrutura estatal, quebrando o equilíbrio estabelecido pela repartição de competências típicas da democracia.” Sobre o termo “juristocracia”, conferir Gilman (2014, p. 1, tradução livre), o qual enuncia que “A noção de juristocracia assim eleva as bases (e dificulta) o direcionamento dos problemas através da teoria constitucional. No fundo, eu penso, são preocupações sobre eficiência e equidade suscitadas para o estabelecimento e exercício do poder judicial.” No original: *The notion of juristocracy thus raises fundamental (and difficult) questions ranging across constitutional theory. At bottom, I think, are concerns about efficiency and equity raised by the establishment and exercise of the judicial power.*

tratar de temas das mais variadas naturezas, inclusive tocando ao campo político, social e moral.³⁰

Esse toque do Judiciário no campo político vem ocupando a pauta de discussões do constitucionalismo ocidental como um dos seus principais problemas ainda sem solução aparente.³¹ O problema ganha espaço nos momentos em que os programas estatais estipulados nas modernas Constituições não são concretizados, violando a efetividade dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. É justamente em hipóteses deste naipe que os juízes adentram ao espaço político, subtraindo do demais Poderes o momento oportuno de levar a cabo ou não os comandos constitucionais. Desse modo, surgem questionamentos de toda ordem sobre os limites dessa novel jurisdição política, mormente no que pertine à legitimidade das decisões judiciais em face do princípio da separação de poderes.

O certo é que a força normativa da Constituição, após o advento da constitucionalização dos direitos, ficou a depender da posição a ser amparada pelas Cortes Constitucionais. Dita afirmativa se justifica, pois é preciso analisar o teor dos julgados de determinada Corte, de modo a descobrir se os julgamentos refletem uma linha conservadora, sem inovação substancial, ou se as decisões demonstram uma judicatura progressista, caracterizando o chamado ativismo judicial. Sobre o ativismo judicial, Barroso (2012, p. 232-233) noticia que se trata de expressão cunhada nos Estados Unidos, entre os anos de 1954 e 1969, período no qual Earl Warren presidiu a Suprema Corte, efetuando uma revolução profunda e silenciosa, através de uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Criticado no começo pelos conservadores americanos, o ativismo hoje é conectado à ideia de atuação judicial na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo na atuação dos outros Poderes.

30 Tratando dessa amplitude dos temas levados ao Judiciário, Barroso (2012, p. 228-229) esclarece que: “*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.” (grifos no original)

31 Sobre esse tema, Barroso (2012, p. 407) contata que “juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo.”

No Brasil, são inúmeros os precedentes do STF sinalizando para o ativismo judicial progressista, com inovações substanciais da ordem constitucional,³² desde quando necessário. O eventual déficit político resultante da ausência de atuação ou atuação em desacordo com os anseios do legislador constituinte direcionam os entes legitimados a cobrar no Judiciário as promessas alojadas na respectiva Carta e descumpridas pelo Estado provedor. E, em alguns casos, o ativismo, segundo demonstraremos oportunamente, pode ocasionar até mesmo o poder criativo dos juízes. Tudo isso leva a questionamentos, envolvendo a ilegitimidade do Judiciário na criação do direito novo, ante a ausência de endosso da vontade popular, e a própria manutenção da separação de poderes, fatos que colocariam em risco todo o regime democrático.

Ainda sem discorrer de forma minuciosa sobre a criatividade judicial, mas já adiantando sobre sua perfeita possibilidade, buscaremos explicar o novo regime democrático, onde o princípio da separação entre os poderes pode ser vislumbrado sob um viés pautado não apenas pela ótica da separação, mas fundamentado numa típica atividade de cooperação.³³ Por certo, no neoconstitucionalismo, corroborado pela amplitude do controle de constitucionalidade, a tradicional leitura “do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial” (SARMENTO, 2013, p. 80), com o nítido intento de preservar e concretizar os valores constitucionais.

Não se busca pelo ativismo desconstruir o regime democrático. É o oposto disso. As atividades dos três Poderes devem interpenetrar-se a todo o momento, tendo por escopo concretizar a eficiência do ente maior, qual seja, o próprio Estado. Desse modo e mais precisamente no tocante à atividade criadora do direito, não há qualquer espécie de violação de competência no ativismo judicial, indicando, a bem da verdade, “a indispensável e assumida participação da magistratura na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, completando-lhe a obra e acelerando-lhe os passos,

32 Conferir, nesse sentido, a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 132, por meio das quais o STF reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

33 No mesmo sentido, Dimoulis e Lunardi (2013, p. 344): “Isso indica que a separação de poderes não equivale a um ‘braço de ferro’ entre os poderes para que cada um amplie seu poder em detrimento dos demais. Pode surgir uma situação de *cooperação*. Se o próprio legislador incentiva o controle judicial dos atos legislativos, não faz sentido sugerir que o STF se mostre parcimonioso ao exercê-lo!” (grifos originais)

quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo” (COELHO, 2013, p. 494-495, grifos originais) e por demais volúvel para se contentar satisfatoriamente com normas estáticas e ultrapassadas.

Entretanto, embora estejamos convictos de que os juízes criam realmente o direito, não se pode perder de vista que dita atividade criadora não surge do nada, sem qualquer força motriz ou espécie de barreira restritiva. Por certo, o processo legislativo não pode de forma alguma ter início *ex officio* no Poder Judiciário, aí sim sob pena de transgredir o princípio da separação entre os poderes. Razão disso, e pautado também por questões semânticas, de agora em diante, utilizaremos o termo complementariedade, ao invés de criatividade dos juízes. Isso porque a ideia de criação remete ao início de algo, ao passo que a complementação sinaliza para aquilo que já foi iniciado e necessita de aperfeiçoamento, adequação. Ademais, a criação do direito pelos juízes, como já frisado outrora, suscitaria questionamentos sobre a legitimidade de tal atividade, os quais ficam suavizados frente à ideia de complementação normativa originária do labor judicial.

Portanto, defenderemos o poder complementar dos juízes, o qual deve ser entendido como a capacidade legítima do Poder Judiciário e de todos os seus membros de densificar cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios constitucionais e infraconstitucionais, incluindo a matéria penal que ora nos interessa e que será trabalhada no último capítulo, de modo a conceder uma interpretação consentânea dos atos normativos com a essência garantista da nossa Constituição, caso contrário, a declaração de inconstitucionalidade é o caminho a ser adotado, sempre na busca de um ordenamento jurídico hígido.

Prosseguindo sobre o tema, num interessante estudo realizado por Pogrebinski (2011, p. 10-13), restou assentado que o STF vem promovendo um saudável diálogo democrático junto ao Legislativo. Segundo os dados colhidos pela autora, tendo por base as ações protocolizadas no STF entre os anos de 1988 e 2009, apresentando a judicialização da política como pretensão de fundo, a visão negativa do ativismo judicial deve ser rejeitada. Isso porque, a grande maioria das normas questionadas são validadas pela Corte Constitucional, numa espécie de endosso da atividade legislativa. Além disso, detectadas eventuais inconstitucionalidades, o Congresso, em tempo relativamente curto, apresenta nova proposta de lei, sanando a pecha identificada, de maneira a preservar sua última palavra.

Vejamos as conclusões do estudo referido:

- i) a primeira conclusão indicou que o STF não sofre substancialmente de qualquer “dificuldade contramajoritária”, haja vista ter confirmado a grande maioria das leis e atos normativos oriundos do Congresso Nacional, pois tão-somente 13,32% das ADIs e ADPFs foram julgadas procedentes, no todo ou em parte, correspondendo apenas a 0,02% das 12.749 normas promulgadas pelo Congresso Nacional;
- ii) a segunda conclusão constatou que o STF ratifica a expressiva maioria das normas questionadas em controle concentrado de constitucionalidade, eis que 74,35% das ações foram indeferidas sem análise de mérito e, quando examinado o mérito, alcança-se o percentual de 86,68% das ações julgadas sem sucesso na busca da inconstitucionalidade;
- iii) a terceira conclusão sinalizou que o STF não toma o espaço normativo deixado pelo Legislativo. O resultado da pesquisa demonstrou que os julgamentos de ADI ou ADPF pelo STF eram realizados ao mesmo tempo em que tramitavam em média 11,75 projetos de lei no Congresso Nacional, bem como 2,6 normas já vigentes, tratando sobre o mesmo tema da norma contestada.
- iv) a quarta conclusão acenou para o fato de o Congresso sempre ter correspondido posteriormente aos julgamentos de procedência de uma ADI ou ADPF, propondo em média 6,85 projetos de lei versando sobre o mesmo assunto declarado inconstitucional, dos quais 1,29 recebia promulgação;
- v) a quinta conclusão disse que o STF movimenta a atividade do Congresso Nacional, obrigando-o a legislar sobre certas matérias. Assim, após a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, o Congresso Nacional, em média, 16 meses após a decisão judicial, apresenta projetos de lei, as quais recebem promulgação, também em média, 32 meses depois da decisão de inconstitucionalidade;
- vi) a sexta conclusão provou que o STF, ao julgar ADIs e ADPFs, não se inclinou favoravelmente ou contra nenhuma coalização majoritária formada no Congresso desde 1988, tendo em vista que a proporção de ações julgadas procedentes e improcedentes durante o período é simétrica, valendo mencionar, ainda, que cerca de 85% das leis aprovadas no Congresso Nacional são de iniciativa do Poder Executivo);
- vii) a sétima e última conclusão apresentou que o STF tem albergado uma postura corretiva ou aperfeiçoadora, fazendo uso de técnicas como a interpretação conforme a Constituição; a modulação dos efeitos e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, evitando a invalidação da norma e preservando o trabalho do Legislativo, suavizando o caráter contramajoritário de suas decisões.” (POGREBINSCHI, 2011, p. 10-13)

Os dados acenam para o pleno e saudável funcionamento do regime democrático, sem qualquer espécie de ameaça ou mesmo possibilidade de lesão ao princípio da separação entre os poderes. Ao nosso pensar, quando o STF exerce sua superioridade normativa, dizendo aquilo que pode ou não sobreviver ao seu crivo de constitucionalidade, estamos diante de uma das vertentes do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), funcionando a pleno e legítimo vapor. Ademais

disso, não se pode olvidar que dita separação é impossível de ser obtida em toda sua pureza conceitual, sendo correto afirmar, através da observação da atuação dos órgãos estatais, que, até onde a Constituição preconiza com veemência a mencionada separação, sempre ocorreu um notável tangenciamento entre os poderes (DALLARI, 1998, p. 220).

Canotilho (2003, p. 250-252), sobre o tema em testilha, nota uma diferença substancial entre os termos “divisão” e “separação” entre os poderes. Explica então o constitucionalista lusitano que a divisão denota um caráter de limitação do poder, com implicações jurídicas, combatendo a concentração de forças num só ente. Por sua vez, a separação estaria ligada aos aspectos organizacionais do Estado, atrelados ao desempenho das funções na busca por eficiência. Outrossim, acena para a possibilidade daquilo que denomina de “compartimentação de funções”, admitindo assim uma certa relativização do princípio em análise, por meio de rupturas ou desvios. Entretanto, faz uma importante observação:

Estas rupturas ou *desvios de princípio da divisão dos poderes* só são, porém, legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes. Com efeito quando o núcleo essencial (*Kernbereich*) dos limites de competência, constitucionalmente fixado, for objeto de violação pode estar em jogo todo o sistema de *legitimação, responsabilidade, controlo e sanção*, definido no texto constitucional. (CANOTILHO, 2003, p. 252, grifos originais)

É preciso abrir os olhos para essa nova conformação do princípio da separação (*rectius*, cooperação) entre os poderes, o qual vem sendo rediscutido com o intuito de encontrar uma melhor adequação constitucional. Como visto, a ascensão do Poder Judiciário, promovida pelas alterações substanciais do novo direito constitucional, decorrente do segundo período pós-guerra, levou os juízes a exercerem uma atividade jurisdicional interpretativa que por vezes pode aperfeiçoar o processo legislativo, atribuindo maior vida útil aos atos normativos, sem implicar usurpação de competência. Bem por isso, a constitucionalização de direitos, seguida da jurisdição constitucional e da conseqüente atividade normativa complementar dos juízes são fenômenos do direito contemporâneo que podem conviver perfeitamente com os cânones do regime democrático.

Por fim, é impossível ao legislador abarcar com eficiência toda evolução social, antevendo as prováveis situações de exigência normativas, regulando-as com perfeição matemática. Isso ocorre em razão de vários fatores, os quais serão detalhados

a seguir. Daí os juízes necessitarem, no momento da aplicação da lei, de uma abertura permissiva para complementar o direito, de maneira a regular os casos concretos, atendendo aos comandos da Constituição, tanto mais porque, como cediço, não podem decretar o *non liquet* e nem remeter a solução do caso para outro poder ou órgão, deixando insolúveis os problemas sociais judicializados. Há uma verdadeira presunção *juris et de jure* no sentido de completude do ordenamento jurídico como local de encontro para todos os problemas judicializados.³⁴

5. O poder complementar e a supremacia normativa dos juízes diante do vácuo legislativo e da mutação social

Conforme antes afirmado, por mais diligente que seja o corpo legislativo, sempre haverá lacunas no texto da lei. E isso não é novidade. Desde a Grécia Antiga, Aristóteles (2013, p. 40), no seu livro “Retórica”, já apregoava ser “sumamente conveniente que leis bem elaboradas definam por si sós, na medida do possível, todos os casos, deixando o mínimo possível para a decisão dos juízes”. Porém, o legislador não consegue e nem nunca conseguirá definir todos os casos com perfeição, donde sempre surgirão lacunas a clamar por regulação legal. E essa impotência natural e inerente à atividade legislativa, ao nosso pensar, só vai encontrar solução no poder normativo complementar dos juízes.³⁵

Desse modo, o vácuo do legislativo vem impulsionando a regulação de determinadas matérias pelo Judiciário. Tal fato tem o condão de conferir maior eficácia aos comandos normativos, pois os juízes, diante dos casos *sub judice*, terminam

34 Essa completude do ordenamento jurídico é explicada por Bobbio (1993, p. 237, tradução livre): “um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar no mesmo uma norma para regular qualquer caso que lhe seja apresentado, ou melhor, não existe caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema.” No original: *un ordinamento é completo quando il giudice può trovare in esso una norma per regolare qualsiasi caso gli si presenti, o, meglio, non c'è caso che non possa essere regolato con una norma tratta dal sistema.*

35 Ainda sobre a omissão do legislador, Tavares (2012, p. 24) indica um motivo real para a referida timidez legislativa, ao acenar para a existência determinadas matérias de grande controvérsia, aduzindo que se mostra preferível uma decisão judicial a ter que se sujeitar à repercussão negativa, advinda de um projeto de lei dissonante dos anseios de parte da população.

escolhendo a melhor via para o justo acertamento das lides.³⁶ Sobre o tema, pertinentes as palavras de Ely (2010, p. 7-8):

É claro que os tribunais criam o direito o tempo todo, e ao fazê-lo podem ter a intenção de inspirar-se nas fontes habituais dos adeptos do não interpretacionismo – os ‘princípios fundamentais’ da sociedade ou qualquer outra coisa –; mas, fora do âmbito da jurisdição constitucional, eles se limitam a preencher as lacunas que o Poder Legislativo deixou nas leis que aprovou ou, então, a tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, de caso pensado, entregou ao Judiciário para que desenvolvesse.

Dessa maneira, o poder normativo complementar dos juízes foi consequência necessária do processo de empoderamento vivido pelo Poder Judiciário no novo ambiente constitucional do século XX, com implicações que podem tornar-se saudáveis no direito penal, como defenderemos neste trabalho em momento próprio. E Cappelletti (1999, p. 31) traça o caminho percorrido pelo Poder Judiciário até alcançar o status de “Terceiro Gigante”. Segundo o doutrinador italiano, a principal causa incentivadora da ascensão judicial foi a “revolta contra o formalismo”. Com efeito, a partir do momento em que se notou a falência da lógica matemática e mecanicista, decorrentes do positivismo jurídico, na entrega da prestação jurisdicional, relevando-se e aceitando-se que a atividade judicante traz em si nítidos contornos de discricionariedade, o juiz ganhou a possibilidade de densificar as normas jurídicas. Melhor dizendo, o juiz passou a inovar juridicamente, em determinados casos concretos *sub judice*, através do seu poder complementar.³⁷

Iniciado o processo de reconhecimento do poder complementar judicial no campo formal, Cappelletti (1999, p. 40-42) noticia que seu avanço prático ocorreu por

36 Um bom exemplo do poder complementar dos juízes pode ser visto na ADPF 54, julgada pelo STF, por meio da qual se permitiu a prática do aborto em situações de anencefalia. Nesse mesmo tom, defendendo a possibilidade dos juízes detectarem causas inéditas em matéria de inexigibilidade de conduta diversa, Menezes (2014, p. 171) explica que “não parece atentar contra a divisão de poderes aquele que, embora sem o amparo de uma lei positiva qualquer, faz a justiça do caso concreto com base na lei da necessidade, que, para além dos tipos excludentes de ilicitude e exculpantes, só pode ser deduzida a partir da situação extraordinária vivida pelo autor e que o legislador não previu, dado que lhe falta o atributo (divino) da onisciência. Assim, é a excepcionalidade do caso concreto que dá fundamento à lei da necessidade. Ao argumento de que é inválida porque sua fonte não é o legislador, cabe a resposta de que ao legislador compete fazer leis de cunho geral e abstrato; para o caso particular, não. Nesse âmbito, é o juiz que edita (no sentido de KELSEN) a lei, que, em todo caso, só vale para as partes envolvidas.”

uma sucessão de eventos sócio-políticos do mundo ocidental dentre os quais menciona o surgimento do *welfare state*, trazendo consigo a necessidade de uma vasta regulação de direitos sociais (trabalho, saúde, segurança social, transporte, agricultura etc.). Esse crescimento da atuação estatal, abraçando vários segmentos sociais, desencadeou uma intensa atividade legiferante, dando azo a uma nova espécie de legislação caracterizada pela indicação de finalidades ou princípios, sinalizando para consecução de programas de desenvolvimento futuro nem sempre observadas pelo próprio Estado. Tudo isso foi campo fértil para o avanço do poder complementar dos juízes.

Por certo, a proliferação das normas de cunho social resultantes do Legislativo, aliadas ao seu descumprimento por parte do Executivo, colocaram ambos os poderes em situação de desconfiança perante a sociedade, retirando-lhes a credibilidade. Esse foi o cenário no qual os juízes tiveram de fato que abraçar uma das seguintes vertentes:

“a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 47)

A história vem demonstrando que a segunda das vertentes foi a escolhida pela grande maioria dos juízes ocidentais. Em análise comparativa sobre esse ponto, Cappelletti (1999, p. 53-54) ainda relembra a situação de debilidade e subserviência do

37 Alexy (2012, p. 280) chama atenção para a necessidade de construir uma teoria da argumentação jurídica, limitando os espaços deixados pelo legislador. Segundo o referido autor, “As normas jurídicas surgidas do processo de legislação não solucionam todos os problemas. Tem-se evidenciado numerosas vezes que de maneira nenhuma determinam de forma completa a decisão jurídica. Enunciam-se quatro razões para isto: (1) a vagueza da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos normativos, (3) a possibilidade de casos que exigem uma regulação jurídica, inexistente nas normas vigentes e (4) a possibilidade de decidir em caos especiais contra a literalidade da norma. Se se quer sempre preencher o campo de indeterminação que surge desta forma unicamente por meio da argumentação prática geral, as debilidades desta argumentação continuarão afetando a decisão jurídica em um grau considerável. Por isso, mostra-se racional a introdução de formas e regras especiais da argumentação jurídica, sua institucionalização como Ciência do Direito e sua inclusão no contexto dos precedentes. Dessa forma, na área de incerteza deixada pelas normas jurídicas, pode-se limitar ainda mais na área do possível discursivamente.” Por sua vez, Guimarães (2014) sublinha que “O intérprete passa a ter papel fundamental na criação do direito, pois a participação do intérprete não se resume somente a uma função de conhecimento técnico, mas vai muito mais além, na medida que faz valoração de sentido para as cláusulas abertas, completando dessa forma o trabalho do constituinte e do legislador.”

Poder Judiciário em épocas anteriores a essa tomada de posição, materializando verdadeiro estado de patologia democrática, resultando num nocivo desequilíbrio entre os poderes. Outrossim, adverte que a concentração descontrolada de poderes no Legislativo e no Executivo pode ser o mote para o nascimento de regimes antidemocráticos, como aqueles ocorridos na Alemanha e na Itália, daí o motivo por que se mostra imprescindível o crescimento e fortalecimento do Poder Judiciário.

Outro fator que contribuiu de maneira decisiva para o engrandecimento do Poder Judiciário foi a Revolução Industrial e todas as suas alterações ocasionadas nos vários segmentos da sociedade. E o principal elemento que bem identifica esse período da história foi o significativo processo de “massificação”. O aumento da produção e a demanda exacerbada por consumo terminaram por intensificar as relações sociais, aumentando de forma expressiva os problemas envolvendo concomitantemente diversos indivíduos. Isso tudo levou à sedimentação dos denominados processos de massa, ensejando atuação jurisdicional com grande alcance social na regulação dos direitos “difusos”, “coletivos” e “fragmentados”.³⁸ Mais uma vez os juízes não recuaram e contribuíram de forma dinâmica na solução dos problemas por meio das *class actions* e *public interest litigation* (EUA) e *actions collectives* e *Verbandsklagens* (França e Alemanha).

Os catálogos de direitos fundamentais do homem, conhecidos como *Bill of Rights* também dispensaram grande serventia ao poder complementar dos juízes. Após a percepção real do risco destrutivo, advindo das maiorias parlamentares aos mais básicos direitos dos homens, a comunidade jurídica atentou-se para a necessidade de criar mecanismos aptos a dar guarida permanente a tais valores fundamentais e irrenunciáveis. Razão disso, esses direitos fundamentais passaram a ser inseridos como conceitos vagos no seio das Constituições esclarecidas a partir do século XX, possibilitando a formação da chamada justiça constitucional das liberdades, com substanciais repercussões na seara do direito penal. Nesse contexto, “a tarefa dos tribunais, de dar atuação aos modernos ‘Bill of Rights’, grandemente contribui para expandir o âmbito do direito judiciário e aumentar a criatividade dos juízes.” (Cappelletti, 1999, p. 61-66).

38 Essa categoria seria equivalente ao que se denomina aqui no Brasil de direitos individuais homogêneos (art. 81, inciso III, da Lei n° 8.078/90).

Feito esse apanhado histórico e ambientando o poder dos juízes ao neoconstitucionalismo, concluímos que essa possibilidade de complementação normativa é decorrência do ônus de ser ele (o Judiciário) o baluarte e o intérprete moral³⁹ da Constituição, cabendo-lhe a legítima defesa intransigente da força normativa dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais.⁴⁰ Tal fato resta potencializado, quando se observa a textura aberta dos novos diplomas constitucionais, ensejando constante mutação interpretativa do órgão judicante no afã de acompanhar os avanços sociais. Além do mais, a amplitude do controle jurisdicional de (in)constitucionalidade, pela via da interpretação principiológica, restringe a atividade legislativa, submetendo-a sempre ao crivo judicial, possibilitando, dessa maneira, o inevitável poder complementar dos juízes,⁴¹ instaurando uma aparente crise de legitimidade e deixando transparecer a superioridade do Poder Judiciário frente aos demais poderes.

39 Sobre esse ponto, Ely (2010, p. 75) explica que “dentre as instituições do Estado, os tribunais são as mais bem equipadas para emitir juízos morais; e, em particular, que estão mais bem equipadas para essa tarefa do que os legisladores. Já que os juízes em geral provêm basicamente do mesmo grupo social que os legisladores, o cerne do argumento é que os juízos morais mais seguros são os feitos de maneira imparcial e que, em virtude de sua relativa isenção, os juízes estão mais aptos a fazê-los”.

40 Fleiner-Gerster (2006, p.145) complementa dizendo que “os melhores direitos fundamentais materiais efetivamente não servem, na verdade, para muita coisa, se não podem ser aplicados por um juiz independente e por meio de um procedimento justo.”

41 Cappelletti (1999, p. 24-25), em obra clássica sobre o tema, defende o poder criativo dos juízes, aduzindo que “quando se fala dos juízes como criadores, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-making*’”. No mesmo sentido, Hart (2009, p. 351): “sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder.” Pela ótica da filosofia pragmática do direito, a criatividade judicial é defendida também por Posner (2007, p. 37-38). Ver, ainda, Barroso (2012, p. 267). Em sentido contrário, Pozzolo (2006, p. 100) e Paiva (2013, p. 499-528).

A bem da verdade, a sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais Poderes não é e está longe de ser uma unanimidade. Entretanto, entendemos que a atual sistemática do direito constitucional contemporâneo sinaliza para a necessidade da supremacia normativa judicial. Isto porque, a partir do instante em que o Poder Judiciário passa a ser responsável por densificar e complementar os contornos da lei do mais alto escalão normativo, redefinindo princípios, desatando conceitos controvertidos e ponderando valores, assume, sem dúvida, um lugar de primazia entre os Poderes, sendo guindado à “condição de elemento racionalizador do sistema jurídico” (EMERIQUE, 2007, p. 371), sem que se possa ventilar em substancial prejuízo ao necessário sistema de freios e contrapesos.

Ademais disso, no Brasil, a supremacia judicial é albergada pela própria literalidade do art. 102, da Constituição⁴² e pode ser também traduzida pela imperatividade dos princípios constitucionais, os quais terminam por atuar, ao mesmo tempo, como um filtro limitativo para o Poder Legislativo e potente instrumento de controle judicial, causando um legítimo e sutil desequilíbrio voluntário de forças com a nítida intenção de possibilitar a blindagem e garantir a força normativa da Constituição. Ainda quanto a supremacia do Judiciário, cabe dizer que se trata de uma supremacia reconhecida apenas no campo jurídico, a qual certamente não pode ser traduzida no mundo fático. Para tanto, basta realizar uma incursão na história do Brasil e do mundo ocidental,⁴³ quando se verá a inofensividade do Judiciário ante os grandes golpes. Bem por isso, Hamilton (2003, p. 464, tradução livre) afirmou que “o Judiciário é sem dúvida o mais fraco dos três poderes; nunca poderá enfrentar com sucesso os outros dois; e deve tomar todo cuidado possível para defender-se dos ataques daqueles.”⁴⁴

A supremacia e a complementariedade judicial são tendências necessárias ao direito da contemporaneidade.⁴⁵

Se o Poder Judiciário é detentor de “poder de destruição”⁴⁶ das leis, como não poderia aperfeiçoar sua aplicabilidade pela via da interpretação ou mesmo reconhecer a

42 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)

43 O Poder Judiciário durante o regime nazista e no transcurso do período ditatorial brasileiro, por exemplo, era um poder sem reais garantias e, sem garantias, era inerte no sentido de ir de encontro aos abusos praticados. A situação hoje é bem diferente, ao menos no campo jurídico.

existência de princípios específicos a determinados segmentos do direito em prol da força normativa da Constituição, resguardando a atividade do legislador? Se existe a possibilidade legítima de fulminar por completo o ato legislativo, como não admitir que o Judiciário acolha, por exemplo, uma orientação teórica capaz de conduzir as normas penais aos trilhos da constitucionalidade, relevando sua essência garantista? A complementariedade judicial é sim necessária para realização de justiça, erigindo-se em via principal pela qual, no caso em estudo, pode e deve atuar na contenção da expansão inconstitucional do direito penal, como veremos mais à frente.

Porém, seria legítimo o poder complementar dos juízes? É o que veremos a seguir.

5.1 A legitimidade do poder complementar dos juízes

Já vimos no tópico anterior que a complementação decorrente da atividade judicial, da qual brota o direito novo, realmente existe e é necessária para o correto desenvolvimento da jurisdição. Doravante, o problema é verificar se essa tal complementação inovadora é dotada de legitimidade.⁴⁷ Para tanto, não há outro caminho a servir de paradigma, senão a própria lei. O que haveria, então, de diferenças e similitudes entre a criação do direito legislativo e jurisdicional? Segundo Cappelletti

44 No original: *the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks*. Sobre outra vertente de inofensividade judicial, marcada pela neutralidade, Sanchis (2003, p.125, tradução livre) assevera que a superioridade normativa da Constituição é garantida pelo Poder Judiciário o “mais neutro dos poderes, aquele que deve e que melhor pode manter-se à margem do debate político.” No original: *más «neutro» de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político*.

45 Dantas (2013, p. 193) chega a sublinhar uma característica essencial ao juiz contemporâneo é “a disposição para se transformar constantemente, adaptando seu conhecimento de modo que seja ele adequado e útil ao exercício da jurisdição numa sociedade de relações eminentemente cambiantes”.

46 A expressão é utilizada por Tavares (2012, p. 19)

47 A legitimidade aqui deve ser vista de acordo com Silva (1999, p. 426), ao afirmar que “legalidade e legitimidade são atributos do poder, mas são duas qualidades diferentes deste: a legitimidade é a qualidade do título do poder e a legalidade a qualidade do seu exercício.”

(1999, p. 75-76), nenhuma diferença haveria no plano substancial, ou seja, o resultado derradeiro de ambas as atividades teria como produto final direito novo de idêntica natureza. A distinção seria apenas na maneira de formação, no procedimento. Três seriam as peculiaridades diferenciadoras, as quais ficariam somente atreladas ao juiz, o qual seria obrigado a cumprir, para fins de legitimar a sua criação, quais sejam: a) delimitação ao objeto do processo; b) imparcialidade, traduzida na sua independência ao julgar; c) impossibilidade de instaurar a ação *ex officio*.

Vista a inexistência de diferença substancial entre o direito complementar proveniente do exercício da jurisdição ante o direito criado pelos legisladores, cumpre-nos incursionar por alguns problemas⁴⁸ aparentes que poderiam denotar a possível ilegitimidade ora combativa aos olhos dos menos avisados. O primeiro empecilho seria a maior dificuldade de a população ter acesso ao direito jurisdicional quando comparado o mesmo acesso dessa população ao direito legislado. Tal afirmativa hoje não mais se sustenta. Com a difusão dos meios de comunicação, principalmente pelo uso da internet, o cidadão tem acesso em regra irrestrito tanto às decisões judiciais quanto às leis. As eventuais dificuldades de acesso se equivaleriam. De outro giro, há que se ter em mente o benefício da flexibilidade trazido pelo direito jurisprudencial no que toca a sua possibilidade de melhor se adaptar ao caso concreto, sem necessidade de enfrentamento de todo um processo legislativo formal. Tal fato é imprescindível à evolução social. A dificuldade de acesso citada não pode, assim, gerar ilegitimidade.

Mais uma “enfermidade” é lembrada por Dworkin, citado por Hart (2009, p. 356), quando pondera que a complementação judicial seria uma forma de legislação retroativa ou *ex post facto* ilegítima por frustrar as expectativas de indivíduos que firmaram seus atos jurídicos de acordo com um comando legislativo anteriormente estabelecido e, posteriormente, são atingidos por uma decisão judicial modificadora daquele comando. Isso ensejaria um quadro de insegurança social, fulminando de ilegitimidade a decisão formadora do direito complementar. Todavia, Hart indica que a complementação somente incidiria nos casos difíceis (*hard cases*), ainda sem situação definida, donde não haveria retroatividade e nem ilegitimidade, e acena assim para a solução do problema:

Essa objeção, mesmo que tenha cabimento se dirigida contra uma mudança retroativa feita por um tribunal, ou contra a revogação do

48 Cappelletti (1999, p. 82-92) denomina tais problemas de “enfermidades”.

direito claramente existente, parece totalmente fora de contexto nos casos difíceis, pois estes são os casos que o direito regulamentou de forma incompleta e para os quais não existe situação jurídica conhecida, ou direito claramente estabelecido, que justifique as expectativas. (HART, 2009, p. 356)

Outro argumento agora a favor do poder complementar dos juízes e que merece apreço é concernente ao descrédito da população brasileira nos Poderes Legislativo e Executivo. Com efeito, a constante carga de notícias em todos os setores da mídia, quase que diariamente, envolvendo membros dos poderes antes referidos em escândalos de corrupção, materializados quase sempre em desvio de verbas públicas, tem deixado a população descrente em melhorias advindas do Legislativo e do Executivo. Em razão disso, em via oposta, fortalece-se o Poder Judiciário, ganhando credibilidade (*rectius*, legitimidade) enquanto responsável por trazer a legalidade no desempenho da função pública aos seus trilhos, punindo os infratores. Tal assertiva foi confirmada recentemente na prática pela vedação do nepotismo e pela condenação dos agentes políticos envolvidos no famoso caso do “mensalão”, quando as referidas decisões encontraram grande respaldo (*rectius*, legitimidade social) junto à população, a qual teve, principalmente na última hipótese, enorme contato com os fatos dada a ampla atuação das mídias comunicativas.⁴⁹

Ventila-se uma outra vertente de ilegitimidade na complementação do direito pelos juízes advinda da própria incapacidade técnica para legislar. O direito novo nessa situação perderia legitimidade, pois não encontraria amparo fático dada a ausência de recursos (financeiros, por exemplo) capazes de sinalizar para as reais necessidades da população, ficando adstrito a casos delimitados, sem as investigações prévias e os conhecimentos necessários para formação de um direito mais abrangente. Tal problema vem sendo relativizado com inteligência processual, resultante de medidas levadas a efeito pelo próprio Poder Legislativo. Por certo, as matérias de grande relevo e complexidade apresentadas ao Judiciário vêm recebendo tratamento diferenciado, ao menos aqui no Brasil.

49 A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) patrocinou uma interessante pesquisa, por meio da qual se conclui sobre o grau de desconfiança dos brasileiros nas instituições políticas. O resultado demonstrou os seguintes níveis: partidos políticos (72%); Câmara dos Deputados (68%); Câmara de Vereadores (68%); Senado (61%); Assembleia Legislativa (54%); Prefeitura (48%); Governo Estadual (44%); Governo Federal (42%) e, dentre esses, o Poder Judiciário atingiu o menor índice de desconfiança entre os entrevistados, a saber, (37%). Disponível em: <http://novo.amb.com.br/?p=6350>. Acesso em: 10.12.2014.

Basta observar, por exemplo, a flexibilização das regras processuais, permitindo a atuação de pessoas estranhas ao processo, porém, com conhecimento específico sobre a matéria judicializada e com aptidão para influir no justo desate da lide, com a participação em audiências públicas, inserção de pareceres técnicos e perícias. Referimo-nos à atuação processual do denominado *amicus curiae* (amigo da corte), trazido ao direito brasileiro pela Lei 9.869/99, numa típica modalidade de tentativa de obtenção de “legitimação pelo procedimento”,⁵⁰ onde concomitantemente seriam supridas as deficiências técnicas dos juízes sobre determinadas searas do conhecimento estranhas ao direito e ainda aumentariam as possibilidades de participação democrática na confecção complementar do direito novo, revestindo-o de maior legitimidade.⁵¹

A ilegitimidade sobre a possibilidade de complementação do direito em estudo também é questionada nas decisões que encampam direitos das minorias. Em outras palavras: se os juízes não estivessem legitimados a complementar o direito para as maiorias, o que dizer desse poder complementar quando exercido em prol de segmentos menos numerosos da população? Nesse questionamento reside um ponto de fundamental importância para a concretização efetiva da democracia, a saber: o respeito aos direitos e garantias fundamentais das minorias. Justamente por isso, é imprescindível a atuação contramajoritária dos juízes e tribunais, resguardando os mais elementares direitos de cada indivíduo, mesmo que seja necessário fazer uso da complementação normativa.⁵² Certamente, o legislador tem compromissos com os seus

50 Sobre a legitimação pelo procedimento, vale a pena conferir o livro de Luhmann (1980, p. 10), onde o autor propõe o seguinte: “temporalizar o conceito de legitimação com a ajuda do estudo e recuperar a certeza dependente do conteúdo daí resultante por meio da diferenciação e reassociação numa pluralidade de processos.”

51 No mesmo sentido: “A inserção desses novos atores sociais, seja por meio da realização das audiências públicas, seja mediante a intervenção do *amicus curiae*, conduz-nos a ideia de ‘legitimação pelo procedimento’, construída também no âmbito filosófico. O procedimento, enquanto conjunto de atos interligados tendentes à legitimação do poder, opera precisamente no sentido de racionalizar seu exercício por intermédio da garantia de participação democrática.” (RAMOS, 2013, p. 72) Outrossim, “Através do ‘amicus curiae’, a Corte Constitucional ausculta o cidadão, de modo a permitir que este interfira na formação da decisão final. A dizer, de simples destinatário das normas constitucionais, o cidadão passa à condição de seu intérprete.” (CUNHA JÚNIOR, 2007)

eleitores, fato este que deixaria órfãs de proteção as minorias sem representatividade política.

Nessa toada, é imprescindível o braço forte da justiça.⁵³ Sobre o tema, Fleiner-Gerster (2006, p. 167) escreveu que:

O legislador, no entanto, também pode violar os direitos fundamentais, por exemplo ao assegurar privilégios para a maioria em detrimento da minoria. Os direitos fundamentais não protegem somente os cidadãos e a sociedade contra o Estado, mas também as minorias contra os abusos da maioria. É por esse motivo que cada vez mais ganha espaço a ideia de que ao lado do legislador cabe ao *Tribunal constitucional* um papel decisivo. Contudo, um Tribunal constitucional fraco não tem condições de modificar uma tendência nacional hostil a uma minoria. (grifos originais)

Essa possibilidade de decidir contra a maioria traz a reboque o problema da falta de representatividade dos juízes. Mas seria isso uma verdade ou apenas um sofisma? De início, imperioso constatar que a representatividade não é exercida em sua perfeição nem entre os legisladores, haja vista que, não raro, os comandos normativos atendem aos interesses de determinados segmentos econômicos, após manobras políticas de duvidosa legitimidade. Assim, as leis devem atender aos anseios da maioria, mas nem sempre isso acontece. Por sua vez, a representatividade dos juízes vem sendo suprida pelos modernos textos constitucionais ocidentais com a nomeação política dos juízes integrantes das cortes constitucionais, num procedimento envolvendo tanto o Legislativo quanto o Executivo (CAPPELLETTI, 1999, p. 94-97). Esse é o caso do Brasil, onde o STF, nossa corte constitucional com jurisdição em todo território nacional, tem seus membros escolhidos politicamente, segundo a Constituição.⁵⁴ Daí

52 Como já afirmamos, recentemente, por meio do controle de constitucionalidade, o STF permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, reconhecendo o direito de um segmento minoritário da população brasileira, embora não houvesse texto expresso de lei nesse sentido.

53 Cappelletti (1999, p. 107) informa que a democracia não pode limitar-se a uma simples ideia majoritária, devendo ser encarada como possibilidade efetiva de participação, tolerância e liberdade. E conclui afirmando que isso pode ser alcançado através de um Judiciário independente, caracterizado dinamicidade e criatividade.

54 Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

porque toda decisão judicial prolatada por qualquer juiz do país se sujeita ao exame de constitucionalidade e, por via de efeito, de representatividade.

Essa suposta falta de representatividade desembocaria num outro ponto que pede desate, qual seja, aquele referente à ilegitimidade decorrente da ausência de eleição dos juízes aqui no Brasil.⁵⁵ Tal fato inviabilizaria, para parte da doutrina, qualquer possibilidade de complementação do direito que não fosse proveniente do devido processo legislativo, oriundo de representantes eleitos pelo povo. Cremos ser equivocada tal afirmativa, por um simples motivo. A própria fonte que legitima a produção legislativa no Brasil é quem vai legitimar o poder complementar dos juízes, ou seja, a nossa Constituição Federal.⁵⁶ Isto porque o caráter principiológico de nosso Texto Magno convida os juízes ao exercício de uma atividade interpretativa alongada e “com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade [complementariedade], mostra-se inerente a toda interpretação” (CAPPELLETTI, p. 21).

Outrossim, um ponto que merece bastante atenção sobre a legitimidade da complementação do direito pelos juízes é o fato da garantia constitucional da vitaliciedade.⁵⁷ Cuida-se de uma garantia que traduz toda a importância direcionada ao

55 Posner (2007, p. 21) comenta a tentativa corajosa norte-americana em vários Estados de tentar suprir esse problema de ilegitimidade por meio da eleição dos juízes. Segundo o autor, “essa experiência serviu apenas para enfraquecer a independência dos juízes e estimular a percepção deles (em alguns momentos, autopercepção) como nada além de legisladores togados (se tanto, pois até fins do século XIX a maioria dos juízes norte-americanos não usava toga). Apesar de sua persistência, o conceito de um judiciário eleito é considerado, geral e corretamente, como um fracasso.”

56 Sucintamente, Ely (2010, p. 13) pulveriza a ideia de ilegitimidade na atuação dos juízes em aplicar valores constitucionais oriundos de suas interpretações: “quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo”.

57 Hamilton (2003, p. 469, tradução livre) lembra que “Esta inflexível e uniforme fidelidade aos direitos constitucionais e individuais, a qual percebemos ser indispensável às cortes de justiça, certamente não se pode esperar de juízes que exerçam suas funções do modo temporário.” No original: *That inflexible and uniform adherence to the rights of the Constitution, and of individuals, which we perceive to be indispensable in the courts of justice, can certainly not be expected from judges who hold their offices by a temporary commission.*

Poder Judiciário, haja vista que os membros dos demais poderes necessitam de avaliação periódica pelo povo. Por isso, precisam agradar os seus eleitores, defendendo os seus interesses, conforme promessas realizadas em campanha, sob pena de insucesso em novo pleito eleitoral. De outro lado, a vitaliciedade dos juízes os deixa tranquilos para decidirem de acordo com a interpretação que façam do texto constitucional, fazendo emergir o direito novo, quando necessário, sem ter o cuidado de agradar determinados segmentos sociais⁵⁸ com a finalidade de manutenção dos cargos por si ocupados.

Além disso, é cada vez maior o apoio do Congresso Nacional ao Poder Judiciário, instrumentalizando e legitimando ainda mais a complementação judicial por meio de novas Emendas Constitucionais e Leis Ordinárias, valendo citar as Emendas 3/93 e 45/2004 e as Leis 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/2006, criando e regulando os efeitos vinculantes de suas matérias correlatas. Tavares (2012, p. 24) ressalta que “O dado mais curioso, porém, é o de que tais normas favoráveis ao Judiciário ocorrem num contexto no qual o STF *aparentemente* estaria a fazer as vezes de legislador” (destaques originais). A supremacia, perdoe-nos a redundância, do STF foi e continua sendo uma opção política. Se existe um “culpado” por isso, a culpa é do poder constituinte originário.

Por tudo isso, defendemos a legitimidade do poder complementar dos juízes como algo inerente ao desempenho de sua própria função. Pensar de maneira diferente é limitar uma atividade de grande relevo para o Estado Democrático de Direito, mormente quando a matéria a ser decidida (*rectius*, regulada) toca aos interesses das minorias ou envolve os direitos e garantias fundamentais, como seria nessa última hipótese o caso do direito penal, mais adiante esmiuçado. Porém, deixamos bem claro que a complementação ora advogada por nós não é, e nem nunca poderá ser, plena, sem limitações materiais ou formais. Comungamos das palavras de Cappelletti (1999, p. 24),

58 Posner (2007, p. 176), sobre esse aspecto, denuncia que “Os juízes não estão tão sujeitos a pressões de grupos de interesses e ao sentimento popular quanto os legisladores, e, em áreas específicas, essas forças podem constranger os legisladores mais fortemente do que os juízes são constrangidos pelas limitações do processo judicial.” Cappelletti (1999, p. 89) complementa aduzindo que “Parece lícito argüir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis tanto às pressões da genérica demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas, impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os ‘políticos’ encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados.”

quando aduz que “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”. A Constituição estabelece os muros intransponíveis, indicando até onde pode ser exercido o poder complementar dos juízes. E no terreno do direito penal ainda há uma peculiaridade de enorme relevo, consistente na possibilidade de complementação sempre *pro reo*, sob pena de uma garantia constitucional transforma-se em instrumento de opressão e constrangimento.⁵⁹

Diante do que foi dito, podemos inferir que cumpre ao Poder Judiciário implementar ideais teóricos, embora sem previsão na legislação ordinária, desde que encontrem guarida interpretativa razoável no diploma constitucional. Por certo, o novo cenário constitucional brasileiro clama pela aplicação elástica dos preceitos constitucionais, de maneira a lhes conferir maior eficácia. Dessa maneira, o poder complementar dos juízes tem o condão de aferir se determinada doutrina tem aptidão para aperfeiçoar, ou mesmo substituir, um sistema já existente. É por meio da legítima atividade de complementação judicial voltada para o campo penal que apresentaremos no último capítulo deste trabalho a teoria dos elementos limitativos da expansão penal, de modo a contribuir para a melhoria do sistema penal vigente, conferindo-lhe maior racionalidade.

5.2 O poder complementar dos juízes como modulador da Constituição Penal: uma possibilidade garantista

Já apresentadas as principais características do novo momento vivenciado pelo direito constitucional ocidental, uma certeza se alcança sem grande esforço jurídico, a saber: foi enorme a gama de poderes atribuídos ao Poder Judiciário, como também foi imensa a sua carga de responsabilidade. E não poderia ser diferente. Nesse contexto, no qual as Constituições gozam de plena força normativa, basta afirmar que o descumprimento de qualquer de seus comandos implica sucumbência dos juízes, caso instados a suprir eventuais omissões (ou ausências de prestações) quedem-se inertes, inoperantes, sem capacidade suficiente de fazer chegar aos cidadãos tudo aquilo que

59 Bem por isso, Föppel (2008, p. 507-508) defende que “o compromisso da legalidade penal deve ser sempre com o Réu, haja vista que, historicamente, a legalidade surgiu para protegê-lo dos abusos do poder centralizado. Ou seja: entenda-se a legalidade como um princípio de preservação ao infrator, jamais contra ele, ou, dizendo ainda de forma mais clara, a legalidade jamais poderá ser invocada contra a pessoa do Réu.”

lhes foi (e é) prometido pelo legislador. E somos levados a crer que se o Judiciário falha na sua atuação como bastião da Constituição em searas atreladas de alguma maneira direta ou indireta ao direito penal, essa falha reveste-se de maior gravidade.

Razão disso, a atuação dos juízes, por motivos evidentes, deve ser iluminada pelas luzes da Constituição, buscando extrair do seu texto a real intenção do legislador constituinte originário, atuando a partir daí na concretização irrenunciável dos objetivos ali traçados. Aqui deve ter-se em mente que os objetivos não são tão-somente aqueles visíveis de forma expressa, mas também os anseios extraídos através de uma interpretação sistêmica, de modo a harmonizar todos os dispositivos da Carta Constitucional, sem construir incongruências interpretativas capazes de enfraquecer o esperado poder normativo daquelas normas. Bem por isso, Goyard-Fabre (1999, p. 104) explica que “se a Constituição é deturpada, o Estado degenera e a liberdade dos cidadãos fica gravemente ameaçada.”

No caso brasileiro, foi marcante o dirigismo de nossa Constituição, pois buscou a reunião constituinte regular uma enorme parte de temas, alguns com duvidosa necessidade de assento constitucional. Talvez, isso tenha ocorrido devido ao fato de se tratar de um texto produzido após um período de exceção (regime militar de 1964), quando era constante a negação dos direitos e garantias fundamentais, como já mencionado neste trabalho. A resposta do legislador foi constitucionalizar quase tudo, como se verberasse aos quatro cantos: “ditadura, nunca mais!”. E dentro desse processo de constitucionalização, “é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição” (BARROSO, 2006, p. 47), incluindo o direito penal.

Desse modo, o difícil trabalho dos juízes consiste em entrelaçar os comandos constitucionais, levando consigo para essa atividade o prévio conhecimento dos padrões valorativos sobre os quais está enraizada a ordem constitucional, descortinando quais são os princípios inspiradores da ordem jurídica como um todo harmônico entre si. É justamente aqui que reside a possibilidade de o Poder Judiciário, diante de todos os aspectos normativos tocantes ao direito penal, exercer o seu poder de complementação, modulando a atividade dos demais poderes, caso sejam detectadas medidas que atentem contra o povo em geral. E tudo começa a ser aclarado logo no início da nossa Constituição, quando estipula como um dos seus fundamentos “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inc. III), quando elenca como um dos seus objetivos “erradicar a

pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inc. III) e ainda quando garante o direito à liberdade (art. 5º, *caput*).

Realizada uma interpretação dos dispositivos referenciados, os juízes podem ter em conta o quão humanitário foi legislador, deixando escancarado o desenho de uma Constituição impregnada de justiça social, a qual não pode limitar-se a defender direitos individuais. É preciso mais. É preciso concretizar na prática a democracia econômica, social e cultural, no afã de permitir o alcance indistinto da dignidade humana (CARVALHO, 1992, p. 25-26). Dessa forma, toda política implementada pelo Estado deve ter como norte os fundamentos e objetivos plasmados na sua respectiva Carta constitucional, sob pena de se tornar uma atividade espúria, ilegítima. E nesse ponto reside um dos grandes problemas a ser enfrentado pelo Poder Judiciário, qual seja, realizar o controle de constitucionalidade sobre a atividade dos demais poderes, tornando sem efeito tudo aquilo que inviabilize a realização da almejada justiça social, ensejando, no mais das vezes, a juridicização do político.

Nesse passo, é necessário coragem e comprometimento dos juízes, além de visão apurada, para detectar práticas inconstitucionais, embora dotadas de boas intenções, como vem acontecendo no campo do direito penal.⁶⁰ Com efeito, o legislador brasileiro vem transformando o direito penal, através do princípio da legalidade, em instrumento permanente de governo, ampliando de forma ilegítima sua esfera de atuação e a sua metodologia de aplicação, gerando um ambiente de contradições em face do texto constitucional, sob o argumento insustentável da necessidade de proteção da sociedade. Em tom de crítica, Verdú (2007, p. 90) denuncia que “Chegamos a um momento em que se dá pouca importância à vulneração da legalidade, contanto que as medidas políticas obtenham resultados benéficos no campo social.”

A ausência de técnica legislativa é visivelmente caracterizada pela antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato; pela relativização do

60 A atuação dos juízes chega a ser conclamada no livro “Movimento antiterror e a missão da magistratura”, por meio do qual Dotti reúne os manifestos de vários segmentos de operadores do direito penal contrários ao fenômeno da expansão penal. Do livro em referência, extrai-se o seguinte: “Mas há, em sentido oposto, uma resistência heróica na consciência e no espírito de inúmeros magistrados. Eles optam por inscrever seus nomes na história da mais alta jurisprudência, com as lições do bom direito em lugar da aposentadoria ignorada e dos julgados desconhecidos. São os que cumprem os deveres do cargo, entre eles, a fidelidade aos princípios gerais de direito; a imparcialidade das decisões e o destemor funcional.” (DOTTI, 2005, p. 12-13)

princípio da lesividade, com o fortalecimento dos delitos acumulativos; e por sancionar com penas criminais condutas lesivas ou potencialmente lesivas a bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por típicas penalidades de natureza administrativa, dada a ausência de dignidade penal do bem jurídico protegido. Tudo isso provoca uma quebra da esperada racionalidade, incentivando o surgimento de um direito penal inadequado e desnecessário, portanto, inconstitucional.

Essa irracionalidade do sistema é agravada mais ainda quando se denota que a nossa Constituição abraçou a teoria constitucional do garantismo – explicada pormenorizadamente mais à frente. Por meio do garantismo, busca-se, ao mesmo tempo, a contenção do poder criminalizante do Estado e a ampliação da liberdade dos indivíduos, com nítida rejeição do protagonismo penal. Dito isso, percebe-se a ausência de sintonia entre os comandos constitucionais quando cotejados à produção legislativa, envolvendo o direito penal. Em uma palavra: a Constituição exige um direito penal mínimo, contudo, em via oposta, o legislador ordinário atua em prol de franca expansão do direito penal.

Não fosse já isso bastante, o Executivo também não vem cumprindo com o seu papel constitucional de implementação das prestações positivas aos indivíduos, fazendo tabula rasa do artigo 6º, o qual preconiza como “direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados”. E a omissão do Executivo em cumprir o referido dispositivo tem imensa repercussão no campo penal, haja vista que a grande massa carcerária do Brasil é formada por pessoas com baixo nível educacional, desempregados e quase sempre desabrigados. Nítida, portanto, a relação entre a proliferação da criminalidade e a ausência de um Estado provedor cumpridor de suas promessas.

Cabe, então, ao Poder Judiciário portar-se como o “Terceiro Gigante” mencionado por Cappelletti, atuando como o fiel da balança civilizatória, dentro desse novo momento constitucional, imprimindo racionalidade a todo o sistema jurídico, trazendo-o às raias da Constituição, seja pela indicação da correta interpretação das leis, seja pela imposição de políticas públicas legítimas. Para tanto, os juízes devem fazer uso do seu poder complementar, interpretando cláusulas abertas, conceitos jurídicos

indeterminados e princípios constitucionais de forma emancipatória.⁶¹ Sobre esse poder harmonizador dos princípios, Larenz (2012, p. 694) comenta que:

A missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente. Para isso serve a descoberta dos princípios directivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídicos-estruturais.

Como visto, o Poder Judiciário deve encarnar sem receios o seu importante papel de orientação e, quando necessário, complementação das atividades dos demais poderes, sendo a Constituição o rumo a ser tomado, tanto mais quando a jurisdição é exercida à luz de ordenamentos de países ainda em formação em todos os seus setores, como é o exemplo do Brasil. Se a missão dos juízes, ninguém duvide, é complexa, por outro lado, a base normativa é propícia, eis que laboram sob o manto de uma Constituição com nítida essência garantista, por meio da qual a liberdade é regra e o uso do direito penal deve ser extremamente comedido. No capítulo seguinte, veremos de que maneira o garantismo direciona o poder de complementação dos juízes, contribuindo de maneira decisiva na concretização de um direito penal centrado no minimalismo.

61 A atuação dos juízes deve sim ser encarada com toda sua potencialidade de modificação positiva do ambiente social, oportunizando o encontro da isonomia substancial. Assim, já não pode mais ser aceita sem causar indignação a denúncia formulada outrora por Bordieu (2012, p. 242), referente às disparidades de formação entre o povo e os juízes, noticiando que estes últimos exerceriam a jurisdição com “poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo [que] o *etos* dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes.”

Capítulo II: A teoria do garantismo como marca essencial da Constituição Federal brasileira e via de alcance do minimalismo penal

1. Considerações preliminares

O capítulo em tela é marcado por demonstrar que a Constituição Federal brasileira traz em si a essência da teoria do garantismo constitucional, eis que, de forma límpida, através da leitura de seus dispositivos, sinaliza para a necessidade de se empunhar a bandeira do minimalismo penal, com intensa limitação do poder punitivo estatal, mirando a maximização da liberdade humana. Por tal razão, promoveremos uma análise das quatro dimensões do poder judicial, à luz do garantismo. Fundamentaremos a imperiosa exigência de reconhecimento da figura do bem jurídico penal como elemento intransponível do Estado Democrático de Direito. Após isso e como decorrência da essencialidade do bem jurídico penal, firmaremos a imprescindibilidade do princípio da lesividade como elemento estrutural de toda sentença penal condenatória. Por último, afirmaremos que os três Poderes têm a obrigação constitucional de implementar práticas garantistas, tanto mais por conta do atual quadro patológico de ilegitimidade vivenciado pelo direito penal, o qual vem se constituindo em instrumento estatal de constrangimentos inconstitucionais em desfavor dos indivíduos.

2. O garantismo. Linhagem histórica e conceitual

Uma das colunas que sustentam a ideia central de nosso estudo é pautada na premissa por meio da qual a Constituição brasileira recepcionou a teoria do garantismo. E não poderia ser outro o entendimento. A simples leitura do texto constitucional não nos deixa mentir, dada a sua intensa carga normativa em prol do respeito e manutenção dos direitos e garantias fundamentais, içados ao posto de cláusulas pétreas, valendo citar

v. g. a presunção de inocência,⁶² a proibição de provas ilícitas,⁶³ a individualização da pena,⁶⁴ o direito ao devido processo legal⁶⁵ e, até mesmo quando o texto supremo veda a fiança e afasta a possibilidade de prescrição de certos crimes, bem como determina a criminalização de algumas condutas, está atuando de forma garantista.⁶⁶

Isto porque o garantismo não pode ser entendido apenas pelas lentes de uma tímida e mitigada intervenção penal ou mesmo por intermédio de um processo penal relativizado sempre em favor do réu, sobrecarregando o autor da imputação penal de forma desproporcional. O garantismo deve ser visto como uma proposta de mão dupla, sendo correto afirmar que “para ser titular de direitos fundamentais e desfrutar de suas correlatas garantias não é necessário tornar-se réu em uma ação penal” (FELDENS, 2008, p.66). Em outras palavras: o garantismo colima realizar, com máxima eficácia, os direitos fundamentais, oportunizando sua fruição tanto pelo homem livre como pelo acusado num processo penal. Pode, portanto, ser considerado uma teoria construída num duplo viés.

Passemos agora a uma breve análise histórica e conceitual do garantismo.

Não é demasiado afirmar que é milenar a luta do homem em face do poder do Estado no afã de resguardar a sua liberdade. A história testifica tal assertiva por meio de um dos seus episódios mais marcantes e importantes para humanidade: a Revolução Francesa (1789). Nesse referenciado marco histórico, restou evidenciada a antítese liberdade do homem *versus* poder estatal. Partindo desse ponto de vista, resulta salutar sempre que possível a ampliação da esfera de liberdade humana e a minimização do poder do Estado. Eis, então, o pano de fundo para o surgimento da teoria do garantismo, a qual tem como idealizador o professor italiano Luigi Ferrajoli. O garantismo é, a bem da verdade, uma teoria com esboço constitucional, irradiando seus efeitos no campo do

62 Art. 5º, inciso LVII

63 Art. 5º, inciso LVI

64 Art. 5º, inciso XLVI

65 Art. 5º, inciso LIV

66 Art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV

direito penal e processual penal, devendo-se entender como garantias, os direitos, isenções ou privilégios concedidos por uma Constituição ao seu cidadão.⁶⁷

Necessário notar, ainda, que o garantismo deita suas raízes no conceito de meio-termo Aristotélico⁶⁸, eis que afasta a figura do Estado repressor, onde há o abuso irracional do direito de punir, bem como repele o Estado selvagem ou de natureza⁶⁹, no qual inexistem regras, preponderando a lei do mais forte. O garantismo, nessa ordem de ideias, seria uma virtude para Aristóteles. A doutrina em liça instrumentaliza-se, segundo Ferrajoli (2010, p. 91), em 10(dez) axiomas, os quais se mostram visceralmente conectados aos ideais iluministas e que, hodiernamente, já se encontram positivados no seio de quase todas as Constituições vigentes no direito ocidental, erigindo-se em valiosos pilares estruturais dos Estados democráticos de Direito, talhados sob o império e sob a imprescindibilidade do princípio da legalidade.

Os 10(dez) axiomas que formam o sistema garantista (SG) dividem-se em três grupos, ligando-se à pena, ao delito e ao processo e podem ser assim dispostos: 1) *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); 2) *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade no sentido lato ou no sentido estrito); 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade); 4) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade do evento); 5) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade da ação); 6) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); 7) *Nulla culpa sine judicio* (princípio da jurisdicionariedade); 8) *Nullum judicio sine*

67 Bobbio (*apud* FERRAJOLLI, 2010, p. 7), prefaciando a primeira edição de “Direito e Razão”, livro gênese da teoria do garantismo, enuncia que se tratou de uma aposta alta, caracterizada pela “Elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal.”

68 Para Aristóteles (2001, p. 44): “Existem, então, três espécies de disposições; duas delas são vícios que envolvem excesso e carência respectivamente, e a terceira é uma virtude, ou melhor, o meio-termo.”

69 Para Rousseau (2012, p. 48), a passagem do estado de natureza para o estado civil promoveu importantes modificações nas ações humanas, que passaram a explicitar nítido caráter moral, além de cambiarem o instinto pela justiça. Segundo o mencionado contratualista, o homem, por meio do contrato social, deixou de ser um “animal estúpido e limitado” para ostentar o status de “ser inteligente”.

accusatione (princípio acusatório); 9) *Nulla acusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); 10) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

Nas palavras do pai do garantismo, “estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão lingüística – o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental de direito penal” (FERRAJOLI, 2010, p. 91). Trata-se de um norte seguro e legítimo a ser seguido pelo Estado-juiz no momento de análise de formação da responsabilidade penal (*rectius*, culpabilidade), para fins de aplicação ou não da reprimenda. Sua edificação axiológica foi resultante do processo de racionalização do direito penal, fruto das reivindicações advindas das revoluções burguesas contra o *Ancien Regime*, ocorridas durante o século XVIII.⁷⁰

O referido processo de racionalização foi resultante da negação do fundamento teísta do direito penal, levado a efeito pelos contratualistas, fato que veio a modificar sobremaneira a espinha dorsal da estrutura punitiva daquela época, ocasião na qual as garantias eram mínimas, crime e pecado se confundiam e o homem sofria um processo de coisificação.⁷¹ O direito penal, então, iniciou seu processo de laicização, deixando de lado sua concepção substancialista do delito, para perfilhar um caráter formalista, com a necessidade de sua comprovação (do delito) para ulterior punição. Razão disso, a laicização traçou uma política criminal de intervenção mínima, resguardando as individualidades (CARVALHO e CARVALHO, 2002, p. 8-9). Começava assim a ruir o direito penal do autor, que permeou toda a inquisição medieval a partir do século XII, calcado em bases insólitas, afastadas ao mais leve piparote.

Surgia, nesse cenário histórico, o direito penal com garantias aos acusados.

Daí por que podemos afirmar que o movimento ilustrado foi o grande responsável por fornecer as estruturas de um novo direito penal, caracterizado pelo nascimento de um contínuo processo de reconhecimento de garantias fundamentais

⁷⁰ O direito penal iluminista, resultado das lutas da burguesia que culminaram na Revolução Francesa, legitima-se como instrumento de defesa da sociedade civil, frente a um estado (absolutista) que atuava factual e normativamente com total arbitrariedade e discricionariedade. (BATISTA, 2011, p. 12)

⁷¹ Kant (2003, p. 174) rejeitava a ideia de utilização da pena como meio de se obter benefícios à sociedade, afirmando que o castigo deve ser infligido ao homem “somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios.”

penais, tendo os indivíduos direitos oponíveis em face do Estado. A teoria do garantismo penal, portanto, pode ser conceituada como um modelo regulador da sanha punitiva estatal, pautando-se na racionalidade jurídica, consistente numa liberdade regrada, que se utilizava de técnicas de minimização dos poderes institucionais em prol da liberdade humana. Na ótica do seu mentor, almeja constituir um modelo normativo de direito, estribado na estrita legalidade, nota peculiar do Estado de Direito, o qual:

Sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2010, p. 786)

Por certo, sendo um modelo normativo de direito, o garantismo penal tem em mira a legítima disciplina dos atos de restrição da liberdade humana por meio da lei, forçando o Estado a reconhecer o indivíduo como sujeito titular de direitos fundamentais, estes decorrentes da dignificação do homem, os quais não podem em hipótese alguma ser desrespeitados, dado suas características de universalidade (dirigem-se a todos os seres humanos) e irrenunciabilidade (os seus titulares não podem deles dispor). Contudo, embora o princípio da legalidade se constitua em pedra angular do garantismo, ocupando lugar de relevo no sistema de garantias, bem como seja o escudo precípua do indivíduo em face do poder punitivo estatal, deve ser visto e analisado *cum grano salis*.

Isto porque Ferrajoli chama atenção para a necessidade de se aferir os graus de validade e vigência das normas jurídicas, eis que o garantismo não se satisfaz tão-somente com o ingresso formal da norma no ordenamento jurídico por meio do procedimento legalmente estabelecido, advindo de uma autoridade competente para dito mister, sem verificação de seu conteúdo, tal qual preconizado pelo positivismo de outrora. O garantismo fomenta nos juristas uma permanente tensão crítica sobre o arcabouço jurídico, com a conseqüente rejeição ao ultrapassado dogmatismo no momento de interpretação das normas, buscando-se uma cisão entre os conceitos de norma válida (aspecto material) e norma vigente (aspecto formal). Assim, o sistema de garantias acena para quebra da presunção de validade dos atos estatais, indicando a

necessidade da constante existência da dúvida, do espírito crítico e da incerteza ante o aspecto substancial da lei e de sua utilização.⁷²

Deveras, o positivismo jurídico foi realmente uma conquista imprescindível do passado, respaldando a legalidade, com os processos de codificação, e o surgimento dos textos constitucionais, trazendo a modelagem dos modernos Estados de Direito. Porém, a análise do fato e sua adequação ao dispositivo legal de há muito deixaram de ser benefícios isolados do indivíduo. Daí por que a perspectiva garantista move-se alimentada pela crítica incessante da norma, a qual deve ser sempre interpretada de maneira a fornecer uma maior amplitude à liberdade humana, achatando o poder estatal. Bem por isso, Carvalho (2011, p. 97) admoesta que “Se a pena é um ‘mal em si mesmo’, todas as possibilidades de mitigação do cárcere (redução dos danos que isto encerra) – democraticamente aceitáveis – devem ser buscadas pelo intérprete.”

Cravada a linhagem histórica do garantismo, podemos perceber o seu perfeito encaixe constitucional, indo ao encontro da vontade originária de potencializar os direitos e garantias fundamentais. Disso resulta a conseqüente conectividade com a nossa proposta de rejeição da expansão generalizada do direito penal, haja vista que a criminalização desnecessária de novas condutas, como meio de forçar o cumprimento de regras essencialmente administrativas, através do uso de tipos de perigo abstrato e delitos cumulativos, evidencia nítida agressão aos princípios da necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*) e lesividade (*nulla necessitas sine injuria*) do direito penal. Essa anomalia penal constitui parte importante de nosso estudo e é resultante da evolução social e de sua imprescindível convivência com o risco, o qual “será [vem sendo, na verdade] fator determinante para a orientação da política criminal” (BOTTINI, 2013, p. 37). Cabe, sob tal prisma, ao Judiciário, mediante o seu poder complementar, o papel de reafirmar o garantismo, contendo a utilização desregrada do direito penal.

72 Oportunos, nessa perspectiva, os ensinamentos de Carvalho e Carvalho (2002, p. 21), quando acrescenta que: “A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático, entendendo que (a) o poder é ontologicamente voltado à violação dos direitos; (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, conseqüentemente, (c) que os atos emanados pelo poder público, seja legislativo, executivo ou judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois, a criação de mecanismo eficaz de seu controle.” Feldens (2008, p. 70-71), por outro lado, acena de forma contrária à quebra da presunção de legitimidade dos atos estatais, afirmando que não se pode “dizer que *todo* o poder é mal e que *necessariamente* descambará para o despotismo.” (destaques originais)

2.1 A legalidade penal aos olhos do garantismo

O direito penal é a forma mais drástica de intervenção estatal, eis que agride os bens mais relevantes do homem, privando-o de sua liberdade e, em alguns casos, retirando-lhe a própria vida.⁷³ É o mecanismo mais odioso de coerção social, motivo por que merece ser limitado e disciplinado pela lei, sempre no intuito de evitar atuações despóticas e arbitrárias. Razão disso, face ao marcante poder de lesão de tal modalidade de intervenção, o princípio da legalidade ou da reserva legal assume importância fundamental na concretização das garantias do indivíduo, erigindo-se na pedra de toque do direito penal moderno.

O surgimento do princípio da legalidade é algo bastante controvertido na doutrina nativa e também alienígena. Luisi explicita de um lado o pensamento de Manzini, o qual afirmava ter o princípio em tela origem no direito romano, haja vista sua citação no pequeno excerto de um digesto (*poena no irrogatur, nis i quae quaquelege vel que alio jure specialiter hic delicto imposita est*) e, por outro lado, sinaliza para o pensamento de Hungria, para quem a legalidade finca suas raízes na Magna Carta Inglesa de 1215. Entretanto, conclui Luisi (2003, p. 18-19) que é através da “pregação dos teóricos do chamado Iluminismo que realmente surge como real apotegma político o princípio da Reserva Legal. Ele tem seu fundamento histórico como lucidamente ensina H. H. Jescheck, na teoria do contrato social do Iluminismo.”

A bem da verdade, a *Magna Charta Libertarum*, outorgada pelo Rei João sem Terra, assinada em 15 de junho de 1215 e consolidada em 1225, cuidava-se de uma carta feudal, por meio da qual “foram reconhecidas e garantidas a liberdade e a inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades aos homens livres do reino inglês”, deixando “implícito pela primeira vez na histórica política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 593). Para a maioria da doutrina, referenciado documento não albergou em si o princípio da legalidade tal como reconhecida hodiernamente, eis que teria veiculado em

⁷³ A pena de morte ainda é mecanismo de punição em vários países do mundo. A China responde por maior parte das execuções, seguida por Irã, Arábia Saudita, Iraque e Estados Unidos. (BROWN, Widney. **Tornando a Pena de Morte Obsoleta**. Anistia Internacional. Disponível em: <anistia.org.br/direitos-humanos/blog/tornando-pena-de-morte-obsoleta-2012-10-10>, acesso em 12/03/2014.

seu art. 39⁷⁴ apenas garantias processuais (judicialidade e devido processo legal), alcançado somente os homens livres.

Aos nossos olhos e dissentindo de parcela respeitável de doutrinadores, o princípio da legalidade tão-somente alcançou a sua importância e dimensão atual com o advento das revoluções burguesas, via movimento ilustrado, uma vez que a lei era o principal instrumento de mitigação do regime absolutista então vigente. Tal assertiva encontra eco nos textos produzidos naquele referenciado período revolucionário, colhidos junto às principais obras dos denominados contratualistas,⁷⁵ donde permitimo-nos citar, por todos, as ideias de Rousseau (2012, p. 73):

São necessárias, pois, convenções e leis para unir os direitos aos deveres e reconduzir a justiça ao seu objeto. No estado da natureza, onde tudo é comum, nada devo a quem nada prometi e não reconheço a outrem o que me é inútil. Não é assim no estado civil, em que todos os direitos são fixados pela lei.

Interessante perceber, ainda, agora no campo do direito penal, que os ideais deflagrados pelos contratualistas terminaram por influenciar o pequeno grande livro de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria,⁷⁶ *Dei delitti e delle pene*,⁷⁷ quando sinaliza para a necessidade de leis para descrição dos crimes e cominação de suas penas

74 Vale transcrever o citado artigo: “Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e, não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.”

75 As teorias sobre o contrato social se espalharam entre os séculos XVI e XVIII, possuindo como intento justificar e requerer a formação dos governos. Dentre seus principais nomes, podemos citar: Thomas Hobbes (1588), Jhon Locke (1632), Charles de Montesquieu (1689) e Jean-Jacques Rousseau (1712). (SOARES, 2011, p. 47-72)

76 Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 240) lembram que “Beccaria foi seguidor de Rousseau quanto às ideias contratualistas, e disto derivava, como consequência necessária, o princípio de legalidade do delito e da pena. Considerava que as penas deviam ser proporcionais ao dano social causado. Rejeitava duramente a crueldade inusitada das penas de sua época e a tortura, que era o meio de prova mais usual.”

77 Silveira (2003, p. 23-24) noticia a existência de dúvidas sobre a autoria individual do referido livro, eis que Pietro Verri teria contribuído para obra, e “não bem aceitou o que chamou de ingratidão de Beccaria, u’a vez ter recebido este último todas as glórias por ideias que não eram unicamente suas. Romperam sua amizade, tornando-se verdadeiros inimigos. Esse fato, além de ter sido, a primeira edição de ‘*Dei delitti e delle pene*’, apócrifa, muito contribui para suscitar dúvidas quanto à sua autoria.”

correlatas. Via de efeito, denota-se que o princípio da legalidade penal crava suas bases no contrato social iluminista, iniciando ali sua atual e moderna roupagem.⁷⁸ Embora ainda persistam os embates sobre a origem do princípio da legalidade, a verdade é que no tocante à sua importância para o direito penal moderno não há discussões. Quando a legalidade norteou o surgimento e a formação dos Estados de Direito, inaugurando o primado e o império da lei, possibilitando a antevisão dos fatos proibidos e um mínimo de previsibilidade da atuação estatal, trouxe a reboque sua íntima ligação com o direito penal, dando início a um período de racionalidade, encampando uma espécie de política criminal de intervenção mínima, consubstanciada no brocardo *nullum crimen sine lege*.

Outrossim, conquanto não haja um consenso, boa parte dos penalistas atribui a fórmula latina alhures mencionada ao alemão Feuerbach,⁷⁹ a qual teria origem na sua teoria da coação psicológica, por meio da qual somente seria legítimo infligir uma pena através de uma lei anterior que explicitasse a conduta prosrita, veiculando a ameaça punitiva. Nessa toada, “pode-se dizer que o princípio da legalidade é essencial a

78 Tal afirmativa pode ser comprovada no referenciado livro, através dos seguintes trechos: “só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar pena a outro membro dessa mesma sociedade (...) portanto, o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida para um delinquente cidadão.” (Lei anterior e escrita); “A autoridade de interpretar as leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela mesma razão de que eles não são legisladores.” (Lei estrita); “É também um mal, e será grandíssimo, se as leis forem escritas em língua estranha ao povo.” (Lei certa). (BECCARIA, 1987, p. 13-17, tradução livre) No original: *sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima (...) dunque non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino.; Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori.; l'interpretazione delle leggi è un male, (...) e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo.*

79 Faria (1961, p. 63-64)., no entanto, acena para o posicionamento de Carlos Maximiliano, para quem “o mérito de excluir da aplicação das normas repressivas os fatos anteriores a sua vigência cabe aos geniais construtores do direito canônico, referindo, a respeito, a lição de SANTO AMBRÓSIO – a pena de um crime é a do tempo da norma que o reprimiu, nem se dá condenação alguma antes da lei, porém, sim, em virtude da lei (*poena criminis ex tempore legis est, quo crimen inhibit, nec ant legem ultra rei damnatio est, sed ex-lege*).”

estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito. Não se pode obedecer ou violar senão ao que é previamente imposto” (FRAGOSO, 1995, p. 93). Todavia, Batista (2011, p. 64) adverte, nesse enredo histórico, que o adágio *nullum crimen nulla poena sine lege* não se faz presente com essa amplitude nas obras de Feuerbach, mas pode ser notado via articulação das fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena (legali) sine crimine*.

Por sua vez, antes de sua difusão mundial, o princípio da legalidade foi cravado *ab initio* no seio de diversos e importantes textos normativos, valendo mencionar o *Bill of Rights* positivado na Filadélfia (1774), bem como a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* (1789), a qual rezava no seu art. 8: *Nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*. No Brasil, desde a Lei Fundamental de 1824, todas as demais positivaram dita garantia. O atual Diploma Constitucional o alberga no seu rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5, inc. XXXIX – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), alçando-o ao posto de cláusula pétrea. Por sua vez, nossos Estatutos Criminais também sempre veicularam a legalidade e o atual Código o explicita no seu dispositivo inaugural.⁸⁰

Visto como garantia necessária e essencial, presente na quase totalidade dos Estados Democráticos de Direito,⁸¹ o princípio *sub ocullis*, ao longo de toda sua extensa evolução, atingiu um estágio de segurança decomposto em quatro partes para sua completude, *id est*, ausente uma das vertentes, a legalidade não se perfaz em sua inteireza, eis que cada componente exerce imprescindível papel político de relevo. Dessume-se, então, dos ensinamentos doutrinários e da atuação pretoriana aquilo que nominamos de *as quatro faces da legalidade*, a saber: lei prévia, lei escrita, lei estrita e lei certa. O ex-ministro da Suprema Corte alemã e ex-professor catedrático da

80 Art. 1º – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

81 Fragoso (1995, p. 92) adverte, porém, que “um tal entendimento não poderia vigorar no direito anglo-americano, que reconhece na *common Law* fonte de normas penais. Embora alguns autores afirmem que o precedente do *case law* constitui garantia análoga à que proporciona a codificação, não há dúvida de que, nesse sistema, há certa margem de insegurança, especialmente no que tange à cominação das penas (...) Em realidade, é possível afirmar com segurança que o princípio *nulla poena sine lege* não existe no direito penal inglês.”

Universidade de Frankfurt, Hassemer, leciona que do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege* podem ser extraídas quatro instruções para o legislador e para os juízes criminais, nos seguintes termos:

O legislador deve formular normas com a maior precisão possível (mandato de certeza: *lex certa*); o legislador e o juiz penais não podem aplicar as leis de forma retroativa em prejuízo do acusado (proibição de retroatividade: *lex praevia*); o juiz penal deve contar com uma lei escrita para condenar ou agravar penas (proibição do direito consuetudinário: *lex scripta*) e não pode aplicar o direito penal de forma analógica em prejuízo do acusado (proibição da analogia: *lex stricta*). (HASSEMER, 1997, p. 68, tradução livre)⁸²

E conclui com pertinência, afirmando que:

O conjunto de tudo isso é denominado pelos juristas penais como ‘princípio da legalidade’. Com respeito a ele se espera uma estreita sujeição da jurisprudência e da lei, uma maior transparência na aplicação do direito e na sua justificação, e desse modo, uma melhor previsibilidade, e ao mesmo tempo, controle, daquilo que acontece na legislação e na jurisprudência penais. (HASSEMER, 1997, p. 68-69, tradução livre)⁸³

Apresentado um breve esboço histórico do princípio da legalidade, passemos agora à sua análise à luz dos preceitos do garantismo. E, nesse aspecto, a primeira observação a ser feita é referente ao grau de importância que referido princípio possui na estruturação da teoria garantista. Para Ferrajolli (2010, p. 39 e 93), a legalidade erige-se em linha mestra estrutural de sua teoria. É o princípio visualizado como *conditio sine qua non* para existência do seu modelo de limitação do poder estatal. E, no sistema garantista (SG), são feitas distinções de relevo: a reserva legal⁸⁴ transforma-se em princípio de mera legalidade (norma dirigida aos juízes); ao passo que a reserva

82 No original: *El legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: lex certa); el legislador e el juez penales no pueden aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: lex praevia); el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: lex scripta) y no puede aplicar el derecho penal en forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogía: lex stricta).*

83 No original: *El conjunto de todo esto es designado por los juristas penales como ‘principio de legalidad’. Del respecto de ello se espera una estrecha sujeción de la jurisprudencia a la ley, una mayor transparencia en la aplicación y en su justificación, y de este modo, una mejor previsibilidad, y al mismo tiempo, controlabilidad, de aquello que sucede en la legislación y en la jurisprudencia penales. La legalidad no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo.*

absoluta de lei converte-se em princípio de estrita legalidade (norma dirigida ao legislador).

A mera legalidade seria tão-somente uma condição formal de vigência ou de existência da norma penal, traduzindo-se num dos axiomas fundantes do garantismo, qual seja: *nulla poena, nullum crimen sine lege*. Entretanto, apenas tal modalidade do princípio não seria suficiente para se constituir um ordenamento penal focado na primazia da liberdade humana. Precisava-se de mais. E Ferrajoli (2010, p. 93) foi além, destrinchado a mera legalidade, o autor alcançou a legalidade estrita, a qual, aos seus olhos, trazia a exigência de que a lei penal deveria atender alguns pressupostos essenciais para obtenção de validade ou de legitimidade, quais sejam: *nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*.

O primeiro princípio atribuiria à lei a capacidade de condicionar tudo à sua existência (lei condicionante). Por outro lado, o segundo princípio obrigaria a lei a atender aos pressupostos há pouco aludidos (lei condicionada), de modo a ostentar validade ou legitimidade. Outrossim, a mera legalidade seria dirigida aos juízes, eis que não poderiam atuar sem lei formal, sob pena de inexistência ou ausência de reconhecimento de vigência aos atos jurisdicionais por si praticados. Já a legalidade estrita teria como alvo os legisladores, os quais teriam a responsabilidade de respeitar os direitos e garantias fundamentais através da formulação de leis penais necessárias, marcadas por significado unívoco e preciso, com exigência de ação e materialidade, possibilitando ao réu a refutabilidade da acusação, oportunizando-lhe a produção probatória e o pleno direito de defesa, num processo marcado pela jurisdição estrita (Ferrajoli, p. 2010, p. 93-94).

Aqui é interessante notar a ponte feita por Ferrajoli (2010, p. 94) entre a legalidade estrita e aquilo que convencionou denominar de jurisdição estrita. Por intermédio daquele princípio, o legislador ficaria obrigado a produzir leis criminais objetivas ao máximo, contendo termos indubitáveis, de maneira a permitir, no caso concreto, a verificabilidade ou falseabilidade dos tipos descritos na lei. Fazendo isso, a atividade legislativa oportunizaria uma maior probabilidade de extração de máxima

84 Reale Júnior (2013, p. 59) complementa que “Foi com o Iluminismo, a partir do postulado *nullum crimen sine lege*, que se veio construindo a Ciência do Direito Penal, pois do princípio da reserva legal deflui a exigência do princípio da lei prévia e também a de sistematização racional da lei penal com vistas a garantir segurança jurídica.”

eficácia de garantias jurisdicionais. Isso por que a mencionada atividade de verificação e falseabilidade teria melhores condições processuais de indicar os pontos sobre os quais recairia o ônus da atividade probatória para o órgão acusador, delimitando positivamente, por outro lado, a atividade defensiva. A legalidade estrita teria o condão de produzir a jurisdição estrita, como uma desejável relação de causa e consequência com intuito de descortinar a verdade jurídica.

Mais adiante em sua obra, Ferrajoli (2010, p. 349) vai explicar que a mera legalidade é um princípio expansivo a todos os ramos do direito, tratando-se, como já dito anteriormente, de manifesta condição de existência ou de vigência das normas e, por isso, cuida-se de princípio afeto ao direito público em geral. De seu turno, o princípio da estrita legalidade seria uma exclusividade do direito penal, o qual não se apaziguaria apenas com a forma, haja vista lidar com restrições atreladas aos mais importantes direitos fundamentais. Disso resulta a imperatividade de se controlar a substância da lei penal, a procura de sua validade e de sua legitimidade. A importância seria vital, na ótica de Ferrajoli, pois:

Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado ‘de direito’ do direito penal dos Estados simplesmente ‘legais’, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre direito penal mínimo e direito penal máximo. (2010, p. 349)

A bem da verdade, o princípio da mera legalidade teve sua origem nos berços da antiguidade romana. Todavia, foi aperfeiçoado, ganhando nova dimensão e importância no transcorrer do período iluminista. Por certo, diante da premência de racionalizar o sistema penal, a legalidade foi remodelada, deixando de lado toda sua ingenuidade, simplicidade e extremismo, passando a exigir uma técnica legislativa mais apurada e afinada aos preceitos garantistas: nascia aqui a estrita legalidade. A estrita legalidade, desde o seu surgimento, foi mitigada (ou mesmo negada) em alguns períodos nebulosos da nossa história, mormente durante os regimes de exceção que permearam a Segunda Grande Guerra, onde os tipos penais eram dotados de intencional ambigüidade, favorecendo interpretações elásticas, prejudicando a segurança jurídica (FERRAJOLI, 2010, p. 352-353).

Podemos constatar que a grande arma do garantismo penal é justamente o princípio da estrita legalidade, por ser ele o elemento condutor a balizar toda a atividade legislativa na seara penal, impedindo a criminalização em desconformidade com os

ditames constitucionais. Por sua vez, ampliados os poderes dos juízes, principalmente pela possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade das leis, como já demonstramos anteriormente nesse trabalho, a estrita legalidade restou agora também potencializada. Isso porque, para que um magistrado declare a inconstitucionalidade material de qualquer norma penal, deve ele perpassar necessariamente pelo crivo dos pressupostos essenciais de validade ou de legitimidade da estrita legalidade, a saber: *nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine judicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*.

A estrita legalidade, então, atrela-se ao controle material de constitucionalidade.

Por último, impende sinalizar para a busca de legitimação formal e substancial da jurisdição, por meio da construção de um princípio adequado da legalidade. A legitimidade formal seria suprida pela simples subordinação do juiz à lei penal. Já a legitimidade substancial estaria caracterizada pela maior possibilidade da função jurisdicional concretizar os direitos e garantias fundamentais. Contudo, hoje presenciamos uma crise moderna da legalidade, a qual termina alcançando o Poder Judiciário e suas decisões, eis que os juízes são obrigados a exercer em alguns momentos um poder discricionário sem início de base legal alguma para suas fundamentações. Dizendo de outro modo: a técnica legislativa, imprecisa e multidirecional oportuniza a utilização da discricionariedade judicial, sem indicar apoios na lei para amparar as decisões. Dessa maneira, as deformações legais vêm prejudicando o alcance da legitimação substancial na entrega da jurisdição (FERRAJOLI, 2010, p. 845-846).⁸⁵

Vejam os como o garantismo trata dos poderes do juiz no próximo item.

2.2 As quatro dimensões do poder judicial: indicação, verificação, conotação e disposição

⁸⁵ “Onde quer que a jurisdição possa, ao menos, servir-se de apoios legais, mesmo que vagos e imprecisos, as duas fontes de legitimação podem entrar em contraste: já que, de um lado, a tutela substancial dos direitos fundamentais sancionados na Constituição exige do juiz uma discricionariedade e até mesmo uma engenharia judiciária que lhe consinta, de qualquer modo, a adjudicação, mesmo para além da letra e das lacunas da lei ordinária, de outro lado, a falta de articulações legais na atribuição dos direitos e as sujeições do juiz à lei tornam frágil e incerta a legitimidade formal, além da probabilidade de tal engenharia.” (FERRAJOLI, 2010, p. 846)

Ao longo de sua obra, Ferrajoli deixa bem evidente sua preocupação em reduzir ao máximo os espaços de discricionariedade judicial, embora admita que até no mais avançado dos sistemas garantistas esses problemas sempre existirão. Partindo desse ponto, o mencionado autor identifica aquilo por ele denominado de os quatro aspectos ou dimensões do poder judicial, são eles: “i) poder de denotação ou de verificação jurídica; ii) poder de comprovação probatória ou de verificação fática; iii) poder de conotação ou de discernimento equitativo; iv) poder de disposição ou de valoração ético-política” (FERRAJOLI, 2010, p. 113). A ideia visa racionalizar o sistema criminal, dotando-o de maior legitimidade no encontro da verdade processual, trabalhando desde a interpretação inicial da subsunção do fato à norma correlata até a decisão em concreto.

Analisaremos separadamente cada uma das dimensões do poder judicial.

O poder de denotação ou de verificação fática pode ser identificado com a primeira etapa do exercício da jurisdição. É o momento no qual o juiz explicita qual a norma penal que foi violada pelo exercício de uma conduta típica. Traz em si a necessidade de que a norma descumprida apresente termos dotados de verificabilidade (e passíveis de falseabilidade também), ensejando a concretização das garantias penais materiais. Disso resulta que o poder de denotação guarda estreita relação com a teoria do significado, haja vista que o encontro da verdade processual demanda o exercício de atividade atrelada a fatos e afirmações dotados de significado ou de referência empírica (FERRAJOLI, 2010, p. 114). Assim, quando se diz que “matar alguém” é crime, tal afirmação é perfeitamente verificável no plano empírico. Ao contrário, quando se diz que “violar os bons costumes” constitui-se em delito, as condições de verificabilidade e, por seu turno, de falseabilidade restam sobremaneira prejudicadas.

Deveras, exige-se do legislador penal moderno a observância do princípio da estrita legalidade em sua atividade de criação legislativa. E dita observância só começa a ser atendida quando as condições de verificabilidade e falseabilidade jurídica são respeitadas por meio de definições legais que estabelecem figuras abstratas de delito através de conceitos penais suficientemente precisos, permitindo, “no âmbito de aplicação da lei, a denotação jurídica (ou qualificação, classificação ou subsunção judicial) de fatos empíricos exatamente determinados” (FERRAJOLI, 2010, p. 117). É justamente por isso que podemos afirmar quanto mais ambígua for a legislação penal, quanto mais impregnada da necessidade de juízos valorativos para a descoberta do alcance dos seus tipos criminais, e quanto mais dificultosa for a prova empírica da

imputação delitiva, menor será o grau do garantismo e mais discricionário será o poder de denotação judicial.

Se forem ultrapassadas inicialmente as possibilidades de verificabilidade e falseabilidade da imputação penal, chegaremos ao segundo aspecto do poder judicial. Trata-se do poder de comprovação probatória ou de verificação fática a incidir sobre um fato passivo de prova ante a sua descrição taxativa. A matéria de prova, nesse quadrante, tem alvo certo, uma vez ser dirigida aos elementos constitutivos da acusação, ou seja, conduta típica, resultado lesivo e culpabilidade individualizada do agente. Por isso, diz-se que o poder judicial de comprovação pressupõe uma teoria da prova e a certeza sobre possibilidade de verificação ou refutação da tese acusatória. Cuida-se, como se pode observar, de matéria atinente à verdade fática, a qual traz consigo a obrigação de respeito às garantias processuais (FERRAJOLI, 2010, p. 114-124).

Entretanto, por mais que sejam seguidos à risca os procedimentos formais na busca da verdade processual, a decisão judicial constitui-se numa indução, na qual, embora suas premissas sejam todas verdadeiras, sua conclusão pode ser falsa. Com isso, nega-se que o ato decisório judicial porte natureza dedutiva (quando a veracidade das premissas leva invariavelmente à veracidade da conclusão).⁸⁶ Disso resulta que o poder de verificação em análise emprestou por muito tempo uma falsa noção de racionalidade ao processo penal, pois o encarava como um simples esquema dedutivo, por meio do qual a prova ou o conjunto de provas seria suficiente para o encontro da verdade absoluta e inquestionável. Assim, a natureza indutiva do processo penal era falsamente revestida de caráter dedutivo, levando a uma realidade distorcida.

Somente com o advento da Revolução Francesa (1789), embalada pelos ideais iluministas, é que se passou a questionar os métodos processuais herdados do período da Inquisição⁸⁷ e que se alastraram por toda a Europa continental. Por meio da razão,

86 Ferrajoli (2010, p. 130) exemplifica asseverando que “Duas pessoas poderiam declarar concordantemente a mesma tese, não já porque seja verdadeira, mas porque, por hipótese, se tenham colocado de acordo de antemão, estejam animadas pelo mesmo interesse, tenham incorrido no mesmo erro, ou por muitas destas razões, concomitantemente.”

87 A propósito, vale conferir o “Manual dos inquisidores” (*Directorium Inquisitorum*), escrito em 1376, oriundo da pena do teólogo e inquisidor catalão Nicolau Eymeric, o qual recebeu adendos no ano de 1578 pelo espanhol e especialista em direito canônico Francisco de La Peña. O manual citado preconiza, por exemplo, que se o réu empenhasse em negar o delito de forma veemente o inquisidor deve dizer-lhe que “Vai fazer uma longa viagem, não sabendo quando voltará e que sente muito em ser obrigado a deixá-lo

notou-se que a experiência processual da Inquisição era calcada em provas simbólicas que se prestavam a manutenção do esquema dedutivo da sentença judicial. Bem por isso Ferrajoli (2010, p. 130-131, grifos originais) concluiu que a noção da utilização da prova satisfatória, somente por encontrar amparo na lei, “para garantir dedutivamente a verdade da conclusão fática, não obstante sua aparente racionalidade, na realidade é idêntica à que fundamenta as *provas irracionais* do tipo mágico e arcaico: as ordálias, o duelo judicial, o juramento, a adivinhação.”

Nesse passo, exigia-se a superação do sistema de provas legais por um método que imprimisse maior racionalidade ao poder judicial de análise probatória. Eis o mote para o surgimento do princípio do livre convencimento motivado, o qual nasce juntamente com os ideais emancipatórios do período ilustrado. Sobre esse ponto, são importantes as observações de Ferrajoli (2010, p.131) quando acena para uma série de mudanças substanciais sofridas pela *Ordonnance Criminelle* de 1670, desfigurando a sua natureza inquisitiva até ali predominante, com a inserção obrigatória da publicidade e defesa do acusado em todos os níveis de jurisdição. Somado a isso, dois anos após, estipulou-se, depois da fase instrutória, um processo de matiz acusatório, por meio de um júri popular, sem segredos, submetido à oralidade e à imediatidade, bem como foram abolidas as provas legais, instituindo-se o princípio da livre convicção motivada.

88

Embora Ferrajoli (2010, p. 134) tenha denunciado que o princípio em liça tenha se transformado, no começo de sua existência, “em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes”, por outro lado, não se pode negar que o seu nascimento teve o mérito de rejeitar um sistema baseado em provas irracionais, além de quebrar a visão dedutiva do processo penal. Além disso, o exercício do livre

preso, sendo seu maior desejo saber de sua boca a verdade para terminar o seu trabalho, concluindo a causa.” No original: *Va á hacer un viaje muy largo, y no sabe cuando será la vuelta que siente infinito verse obligado á dejarle preso siendo su mayor deseo saber de su boca la verdad para despacharle y concluir su causa.* (EYMERIC, 1974, p. 37, tradução livre)

88 A formula original extraída do decreto francês prescrevia: *Vous jurez décider d’après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l’impartialité et la fermeté qui conviennent à um homme libre* (Juraís decidir conforme ao ônus e aos meios de defesa e segundo vossa consciência e vossa íntima convicção, com a imparcialidade e a firmeza que convêm a um homem livre).” (FERRAJOLI, 2010, p. 131, grifos originais)

convencimento motivado demonstrou a impossibilidade de reconstrução fiel da verdade fática, bem como trouxe e vem trazendo questionamentos válidos para o desenvolvimento da filosofia do direito. Por certo, o poder de verificação atual contenta-se com a verdade processual, amparada em prova adequada e em critérios razoáveis da decisão. Contudo, o conceito de prova adequada e quais os critérios razoáveis da decisão são perguntas ainda em formação, desafiando permanente estudo.

Visto dessa forma e trazido o problema para a nossa atualidade, percebemos que o legislador penal vem tentando mitigar o livre convencimento motivado e reduzir o poder de verificação fática dos juízes em prejuízo dos acusados. Com efeito, a inexistência de parâmetros certos para o encontro da aludida prova adequada e a ausência precisa de critérios razoáveis para fundamentar o ato decisório têm incentivado a criação de delitos que se concretizariam com as chamadas provas positivas, as quais inviabilizam a contraprova, ferindo a culpabilidade do caso em concreto. Nas palavras de Ferrajoli (2010, p. 141, grifos originais):

As provas legais positivas são, na realidade, aquelas na presença das quais a lei prescreve ao juiz que considere *provada* a hipótese acusatória, ainda que tal ‘prova’ contraste com sua convicção. As provas legais negativas são, ao contrário, aquelas na ausência das quais a lei prescreve ao juiz que considere *não provada* a mesma hipótese, ainda que tal ‘não prova’ contraste com sua livre convicção.

Dessa maneira, conquanto seja impossível o encontro da verdade absoluta e exista a necessidade de diminuir a discricionariedade das decisões, o Poder Judiciário não pode ceder diante de técnicas legislativas que obstruam o seu poder de verificação fática através da tentativa de reativação do sistema legal de provas marcado pelo esquema dedutivo outrora existente no processo penal.⁸⁹ O moderno processo penal acolheu o princípio do livre convencimento motivado e trabalha com o conceito de probabilidade, o qual, por não poder ser integralmente objetivado, é complementado pela subjetivação dos juízes, tendo como compromisso a entrega de uma prestação jurisdicional dialética, motivada na apreciação de provas e contraprovas, sem espaços para formulação de hipóteses incontestáveis.

89 No Brasil, por exemplo, se o etilômetro (vulgarmente conhecido como bafômetro) atesta determinado nível de álcool no sangue, superior ao permitido por lei, tal fato, por si só, sem análise individualizada da conduta e sem possibilidade de contraprova, não pode ser considerado crime, sob pena de mitigação indevida do livre convencimento motivado, em prejuízo das garantias constitucionais.

No que toca ao poder de conotação ou de discernimento equitativo, podemos afirmar que se trata de um poder com aptidão para viabilizar de forma pormenorizada a culpabilidade de qualquer acusado, fazendo alusão às circunstâncias que aumentam ou diminuem a gravidade do fato praticado. Como cediço, o caráter universalizante das leis não seria capaz, em regra, de antever de forma minuciosa a prática de delitos. Razão disso e primando pela realização de justiça no caso concreto, é permitido ao juiz fazer uso da equidade, de modo a encurtar a abstração da lei à luz do fato em julgamento. A equidade serviria assim como um legítimo complemento à atividade legislativa, permitindo que os juízes preenchessem as omissões involuntárias da lei, dando azo ao surgimento do poder de conotação (FERRAJOLI, 2010, p. 149).⁹⁰

Importante sublinhar que não haveria nessa hipótese qualquer prejuízo relevante ao princípio da legalidade, mas apenas uma atenuação do formalismo exagerado, possibilitando o exercício inevitável da discricionariedade judicial não sobre os elementos constitutivos do delito, mas tão-somente sobre suas circunstâncias. É pela mão do poder de conotação judicial que dois fatos com características essenciais idênticas diferenciam-se pelos caracteres acidentais (*rectius*, circunstanciais) obrigatoriamente diferentes.⁹¹ São essas diferenças que serão o alvo de captação valorativa do juízo de equidade. Por tudo isso, a boa aceitação do poder de conotação pressupõe a realização da justiça substancial e “está ligada ao fato de que o juiz não julga o tipo de delito, que é uma questão legislativa, mas o delito concreto, singular e não repetível, e portanto deve entendê-lo em sua especificidade.” (FERRAJOLI, 2010, p. 153)

Por último, apresentaremos as nuances do poder judicial de disposição, o qual deve, desde logo, ser encarado como algo nefasto às garantias vinculadas ao direito penal e processual penal. Por bem dizer, as três primeiras dimensões do poder judicial já analisadas (denotação, verificação e conotação) estão intrinsecamente atreladas à

90 O art. 66, do Código Penal Brasileiro tem um claro exemplo de poder conotativo judicial, quando reza que: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei.”

91 Segundo Ferrajoli (2010, p. 152), “é equitativo considerar que o roubo de um pedaço de pão, cometido por Tício em estado de necessidade, é muito menos grave do que o roubo no banco de 1 milhão cometido por Caio; ou que uma ferida infligida por Tício em um momento de ira é menos grave que a mesma ferida infligida por Caio pelo gosto de seviciar.”

atividade judicante, laborando a serviço do encontro da verdade processual mais provável, sempre ressaltando a necessidade de a lei possibilitar a refutação das imputações, embora sejam muitas as imperfeições de cada uma daquelas modalidades de poder mencionadas. D’outra parte, o poder de disposição não atua em sintonia com os demais poderes na busca da verdade processual, trabalhando, ao revés disso, na contramão da estrita legalidade, pois tem largo campo de atuação nas leis dotadas de expressões indeterminadas e antinomias semânticas, incapacitando a formação de um juízo penal cognitivo, ante a inverificabilidade jurídica e fática dos seus termos.

O poder de disposição, desse jeito, é alimentado pela ausência de garantias normativas oriundas no momento da criação legal. Então, é oportuno observar que o poder em estudo não é fruto da vontade dos juízes, mas sim decorrente da carência de técnica legislativa em não lançar mão de termos unívocos e precisos, ensejando uma instrução probatória apta a demonstrar ou não a existência de crime, bem como a respectiva culpabilidade do seu agente.⁹² Fica fácil perceber que o poder de disposição é a porta para a deturpação das garantias penais e processuais penais, abrindo alas para a implementação de um perigoso e ilegítimo decisionismo penal, calcado em elementos subjetivos de justiça que podem descambar para o lado político (FERRAJOLI, 2010, p. 161). Daí se nota, com certa facilidade, que o poder de disposição é uma das vertentes dos regimes autoritários.

Ciente de que os espaços de decisão, por meio dos quais os juízes atuam discricionariamente, são inerentes em maior ou menor proporção a todos os sistemas jurídicos, o garantismo indica os princípios gerais do direito, expressos ou implícitos nas Constituições, como critérios de controle e limitação do poder de disposição. Em outros termos: se não há possibilidade de extinguir totalmente a discricionariedade dos juízes, então que seja ela exercida com fundamento em princípios políticos embutidos na Constituição. O garantismo acena inclusive para a obrigatoriedade dos juízes declararem a inconstitucionalidade dos tipos dotados de alto grau de insegurança

92 Um bom exemplo é utilizado por Ferrajoli (2010, p. 162), quando sinaliza para o artigo 259, do Código Penal Italiano, que veda a prática de atos obscenos em local público. Segundo o autor citado: “A decisão sobre se um beijo em um automóvel estacionado na rua é ou não um ato obsceno em lugar público não pode versar sobre a verdade ou sobre a falsidade jurídica de tais teses, ambas inverificáveis e irrefutáveis, mas é simplesmente uma opção valorativa *post factum*, nem verdadeira nem falsa, que depende unicamente das opiniões pessoais do juiz sobre o sentimento do pudor e sobre a publicidade do local.”

jurídica dada a porosidade semântica, evitando a concretização de juízos constitutivos em detrimentos dos juízos declarativos dos tipos penais.

Por fim, pode-se constatar que quanto mais os princípios constitucionais de determinado ordenamento jurídico atuam de forma efetiva no controle do poder de disposição judicial, maior será a proximidade desse ordenamento ao modelo garantista do direito penal mínimo (FERRAJOLI, 2010, p. 162-165). E aqui o poder complementar dos juízes tem grande potencialidade de influenciar positivamente, imprimindo mais racionalidade e legitimidade às decisões judiciais.

3. É o bem jurídico penal uma garantia intransponível do Estado Democrático de Direito?

Vimos que o garantismo reconhece a existência de discricionariedade no exercício da atividade jurisdicional como algo insuperável. Contudo, busca delimitar os poderes judiciais, por intermédio de uma atuação legislativa adequada, com o escopo de edificar um sistema penal pautado no minimalismo, cessando todo e qualquer constrangimento ilegal direcionado ao cidadão. Diante dessa meta almejada pelo garantismo, parece comecinho notar ser de fundamental importância o papel exercido pela figura do bem jurídico penal como elemento de restrição do alcance da lei penal⁹³ encurtando, por conseguinte, as arestas incentivadoras do subjetivismo judicial. O bem jurídico, visto sob esse ângulo, não pode ser fragilizado em nenhuma hipótese, sob pena de se perder uma importante garantia que funciona como firme referencial na limitação dos tipos penais.⁹⁴

93 Em similar direção, Prado (2011, p. 31) noticia que “A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com o nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Surge ela, pois, ‘como evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitativa do legislador, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social, mas lesivos de entidades reais-empírico-naturais – do mundo exterior’.” Por sua vez, Palma (2011, p. 50-51), professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, é contundente ao afirmar que o legislador ordinário pode criminalizar condutas, estabelecendo penas correlatas, desde que não transgrida os princípios constitucionais. E segue afirmando que “Na medida em que pretende realizar um Estado fundado na essencial dignidade humana e no respeito pelos direitos fundamentais, a Constituição deve impor limitações ao conteúdo das leis.”

Aliás, a natureza do bem jurídico como garantia confunde-se com a própria história de racionalização do direito penal. Foi a partir dos ideais iluministas que se deu a largada para o processo de solidificação da secularização do direito penal, acenando-se para o estabelecimento de limites aos *jus puniendi* do Estado através do encontro de um conceito material de delito, deixando de lado a ideia indeterminada do crime como pecado. Silveira (2003, p. 37) completa, acrescentando que “A tendência notada (secularismo/humanização) cogita, pois, favorecer ou garantir os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas.” E assim realmente seguiu *ab initio* a teoria do bem jurídico penal, afirmando o delito como a violação de um direito subjetivo elencado no contrato social.

E como todos os institutos do direito, a noção de bem jurídico penal evoluiu, sendo esboçada de maneiras diversas. A concepção de materialização do crime como lesão aos direitos dos cidadãos foi idealizada inicialmente por Feuerbach, no término do século XVII, e via no Estado a figura do garante das condições de vida em sociedade. Deixava-se para trás a visão do crime como pecado ofensivo a Deus, representado pelo rei, e passava-se a compreendê-lo como um atentado à vida em comum. Como consequência, a pena cambiava sua natureza expiatória para ostentar sua nova essência retributiva. Contudo, a grande guinada sobre o bem jurídico é alcançada em 1834, quando Birnbaum apresenta um estudo (*Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*) de sua autoria, versando sobre a tutela da honra, por meio do qual aponta para o crime como a violação de um bem jurídico, descartando a opinião do crime como lesão a um direito subjetivo (SILVEIRA, 2003, p 37-40).

Embora a noção de bem jurídico finque suas raízes no escólio de Birnbaum, outros teóricos municiaram e aperfeiçoaram aquele conceito ainda rudimentar. Jhering contribuiu com sua “teoria dos interesses”, por meio da qual sinalizou para a possibilidade de classificação dos crimes não somente focando nos indivíduos, mas também tendo em mente o Estado, a sociedade e as maiorias indefinidas. Binding, por sua vez, sob o manto do positivismo normativista, defendeu que o delito seria a violação

94 Contudo, parte da doutrina vem pregando a completa relativização ou mesmo extinção da ideia de bem jurídico penal. Por todos, vale transcrever o pensamento de Jakobs (2003, p. 25), quando preconiza que “Para a administração estatal de uma sociedade mais ou menos complexa nunca bastou o estabelecimento de normas contra a lesão de bens jurídicos (com o que não se pretende afirmar que não seja possível descrever com grande acerto a maior parte de muitas sociedades por meio da metáfora do bem jurídico).”

de um direito subjetivo do Estado, o qual seria o responsável por indicar quais seriam os bens jurídicos tutelados pela lei penal. Apesar de dar continuidade ao pensamento de Feuerbach, Binding tem o grande mérito de acomodar o bem jurídico com o núcleo do injusto penal. De seu turno e discordando de Binding, Liszt acrescentou que o bem jurídico não é criado pela lei penal, a qual apenas o reconhece como uma necessidade da vida, conferindo-lhe proteção (SILVEIRA, 2003, p. 41-44).

A resumida história ora narrada por nós não poderia deixar de mencionar o trabalho de Hegel no processo de desmaterialização do bem jurídico. Com efeito, na segunda metade do século XIX, a concepção do bem jurídico é alargada em demasia, perdendo seu referencial empírico. E Hegel é o grande teórico a capitanear essa mudança, pois acena para a necessidade de vislumbrar o crime como violação dos interesses do Estado albergados na lei. Não haveria lesados individualmente, mas apenas um lesado universal: o Estado. Assim, o crime deveria ser combatido pela pena, com a finalidade de recompor a ordem jurídica desrespeitada. Nesse horizonte, desaparece a noção de bem jurídico como interesse individual, fundindo-se indefinidamente os conceitos de bem jurídico e norma jurídica (FERRAJOLI, 2010, p. 430).⁹⁵

Neste cenário, no qual o bem jurídico despia-se de qualquer denotação empírica, sem proporcionar qualquer ligação de respeito aos valores antropocêntricos, o direito volta a confundir-se com a moral. Por conseguinte, sem um referencial limitativo apropriado para conter a expansão penal, a comunidade mundial acompanhou a irracionalidade nazista e fascista no limiar do século XX decretar a morte do bem jurídico penal, substituindo-o pela ilimitada e muitas vezes incoerente vontade do Estado, o qual abusava dos termos vagos, ambíguos e inverificáveis no plano prático-

95 Tratando sobre essa fusão entre bem jurídico e norma penal, Ferrajoli (2010, p. 430) apresenta um exemplo marcante: “Esta concepção idealista de bem jurídico fornece a base da classificação dos delitos no Código fascista de 1930, até o ponto de, ao comentar sua parte especial, o mais prestigioso dos penalistas italianos de nosso século [Manzini] identificar o objeto dos delitos de homicídio, lesões, coações, furtos e semelhantes já não com a vida humana, a integridade pessoal, a liberdade individual, ou a propriedade privada, senão que, dando um giro de cento e oitenta graus, identifica com o ‘interesse do Estado na segurança das pessoas físicas, especialmente na vida humana’ ou na ‘integridade física’, com o ‘interesse do Estado em garantir a liberdade individual na sua forma concreta de liberdade psíquica’, ou com o interesse público na inviolabilidade dos bens patrimoniais’.”

processual, causando enorme insegurança jurídica.⁹⁶ Essa foi umas das portas para a deflagração de barbáries notoriamente conhecidas, fazendo com que os teóricos do direito retomassem a necessidade de centrar esforços na construção de uma moderna teoria do delito, sem olvidar a importância fundamental do bem jurídico dentro da esfera do direito penal.

Constatada a involução do papel desempenhado pelo bem jurídico até o fim da Segunda Grande Guerra, reativa-se uma cultura penal garantista, pautada nos novos valores democráticos plasmados nos textos constitucionais. A Constituição, como já demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, é guindada ao posto de norma ápice, sendo dotada de plena normatividade e poder real de vinculação. O bem jurídico, diante dessa nova paisagem jurídica, readquire a sua função⁹⁷ cardeal de garantia, impondo limites ao direito punitivo do Estado, ao passo que o legislador penal começa a adotar a Constituição como seu mais novo e importante referencial de legitimidade. Disso resultam novas teorias contemporâneas sobre o bem jurídico, buscando apagar a grande mancha deixada pelos regimes totalitários sobre o direito penal.

As vertentes teóricas mais importantes são as de cunho sociológico e constitucional. A primeira vertente é bem representada por Amelung, Hassemer e Habermas. De acordo com Amelung, escorado na sociologia funcional de Parsons e Luhmann, o direito penal só atuaria na existência de danosidade social, consistente na lesão de um bem jurídico capaz de provocar uma disfunção no sistema. Hassemer também vê a danosidade social como pressuposto da intervenção penal, mas o bem jurídico é assentado sob um viés político-criminal. O grande problema aqui é descortinar o conceito de danosidade social, donde Amelung e Hassemer terminam por retomar as propostas de Binding e Liszt e, abraçando ideias inicialmente contraditórias, reconhecem o bem jurídico como uma necessidade social positivada pelo legislador. Por

96 Nesse sentido, Ferrajoli (2010, p. 431) confirma que “Aos juristas nazistas, no marco do novo modelo acentuadamente ético e subjetivista do direito penal da vontade, não lhes restava se não decretar seu arquivamento e a coerente substituição pelos conceitos de ‘violação do dever’, ‘desvalor da atitude interna’, ou ‘infidelidade’ ao Estado ou a seu chefe.”

97 Prado (2011, p. 60-61) aponta para outras funções do bem jurídico penal, quais sejam: i) interpretativa, guiando a aplicação da norma com a finalidade de proteger um bem jurídico determinado; ii) individualizadora, contribuindo no momento de aplicação da pena em face da gravidade da lesão ao bem protegido; e iii) sistemática, facilitando a separação dos tipos penais da parte especial do Código Penal.

fim, Habermas alimenta a ideia de legitimar a proteção penal de bem jurídicos desde que reconhecidos pela sociedade através de um acordo racional intersubjetivo (SILVEIRA, 2003, p. 48-49).

As teorias constitucionalistas são, aos nossos olhos, as que mais traduzem com legitimidade e adequação o novo momento vivenciado pelo conceito de bem jurídico. E não poderia ser diferente. Por certo, o movimento neoconstitucionalista, já apresentado no primeiro capítulo, irradiou os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, atingindo, por tabela, de forma substancial, importantes categorias do direito penal, como foi o caso do bem jurídico. Razão disso, quando as Constituições reafirmaram os direitos e garantias fundamentais durante o processo de constitucionalização dos direitos, dotando-os de supremacia normativa, por via reflexa, terminaram por impor limites a atuação do legislador, vedando a proteção penal de bens desnudos de relevância constitucional. Bem por isso, o bem jurídico com esboço constitucional traduz em nítida garantia intransponível de todo Estado Democrático de Direito.

Dentre as teorias constitucionalistas, vale trazer à colação o pensamento de Roxin, quando argumenta sobre a necessidade de real aproximação entre direito penal e Constituição na busca por uma política criminal legítima. A partir de tal aproximação, Roxin vai defender que a criminalização de novas condutas, com a eleição de novos bens jurídicos, deve ter como norte restritivo os princípios constitucionais. Essa seria a maneira de edificar um sistema político-criminal com respaldo constitucional. Atrelando o bem jurídico à constituição, Rudolph também propõe que os valores essenciais ao desenvolvimento humano contidos na Constituição exerceriam a importante função social de abreviar a atividade do legislador ordinário (SILVEIRA, 2003, p. 50-51). No Brasil, Prado (2011, p. 98) encampa a teoria constitucional do bem jurídico, pontuando que:

Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no Texto Magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva.

Entretanto, apesar de demonstrada a índole garantista do bem jurídico penal, ante seu caráter limitativo, parte da doutrina vem questionando o atual papel a ser desempenhado por aquele instituto. Com efeito, o advento da sociedade pós-industrial trouxe à tona a preocupação de proteger novos bens jurídicos marcados pela sua natureza difusa, tais como o meio ambiente, os direitos do consumidor e a ordem econômica. Tal fato vem criando a necessidade de compatibilizar de forma racional a

preservação dos bens jurídicos difusos por intermédio de um novo direito penal, mas sem perder a sua essência garantista, atentando-se sempre para os princípios constitucionais, mormente ao princípio da lesividade. Nesse ponto, mostra-se fundamental a atuação do Poder Judiciário, reafirmando o garantismo.

A bem da verdade, devemos deixar registrado que não rejeitamos a necessidade de se proteger várias espécies de bens de natureza difusa e com recinto constitucional, ainda mais quando a realidade social os coloque como imprescindíveis ao regular desenvolvimento humano e bem estar comum dos indivíduos.⁹⁸ O grande problema é a aceitação das técnicas legislativas utilizadas para tanto. Deveras, a proliferação da antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato; a relativização do princípio da lesividade, com o fortalecimento dos delitos cumulativos; e o freqüente emprego das penas criminais contra condutas lesivas ou potencialmente lesivas a bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por penalidades de natureza administrativa, dada a ausência de dignidade penal do bem jurídico protegido, tem conduzido o direito penal a um campo de irracionalidade.

É óbvio que os bens jurídicos difusos ou individuais, com assento constitucional e relevância social, merecem proteção penal, porém uma proteção adequada juridicamente. Sob esse aspecto, Greco (2011, p. 97-98 e 104) explica que colocar o problema da antecipação da tutela penal nos bens jurídicos difusos e no princípio da lesividade seria um mero erro categorial, eis que o problema seria outro, referente à legitimidade das estruturas do delito, as quais somente poderiam abarcar a contento os

98 Comungamos, nesse aspecto, dos ensinamentos de Costa (2010, p. 6), ao dizer que a realidade social e a Constituição formam o binômio capaz de identificar o substrato necessário para eleição dos bens jurídicos. Segundo a autora: “Para que um valor possa ser erguido à condição de bem jurídico é preciso que ele preencha, portanto, ambos os requisitos: ser tido como essencial para o desenvolvimento da pessoa numa determinada sociedade e estar previsto constitucionalmente.” Similar raciocínio é encontrado em Prado (2011, p. 87), quando enuncia que, além de recinto na constituição, “A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano.” Silva (2003, p. 88) complementa explicando que: “Sob tal quadrante podemos afirmar que os bens jurídico-penais deverão estar pressupostos na Constituição, quando expressamente consagrados (de forma positiva e impositiva), ou dela deduzidos mediante uma análise sistemática e teleológica, ou seja, excluindo-se as vedações impostas a certas incriminações, explícitas ou implícitas, e averiguando-se se a tutela de determinado bem não se põe em conflito com os valores que a Carta Política visa a afirmar e resguardar, ou melhor, contribui-se para uma implementação efetiva dos valores constitucionais.”

crimes de lesão e crimes de perigo concreto. Segundo o referido autor, para a aceitação dos crimes de perigo abstrato haveria a necessidade da construção de uma terceira via, a qual apontaria para critérios de legitimidade, buscando-se “um sadio meio-termo, ciente da heterogeneidade dos problemas com que se está lidando, o que faz da procura de uma solução unitária algo no mínimo ingênuo.”

O certo é que, até o presente momento, não vislumbramos os tais critérios aptos a legitimar a utilização dos crimes de perigo abstrato no Brasil.⁹⁹ Por esse motivo e diante das estruturas legítimas de delito, é que pregamos a análise da conduta, em tese delitiva, de forma concreta, mesmo quando se tratar de uma estrutura abstrata de delito. O juiz não deve declarar a imediata inconstitucionalidade do tipo penal. Deve, sim, apreciar se a conduta *sub judice* lesionou ou expôs o bem jurídico à lesão. Como consequência, o bem jurídico permanecerá amparado penalmente, ao mesmo tempo em que a tutela penal será feita de acordo com os ditames garantistas da Constituição. Portanto, enquanto os teóricos do direito penal não encontrarem um sistema adequado para solucionar os problemas indicados, a ideia do bem jurídico permanece viva e eficaz na condução da atuação judicial.¹⁰⁰

4. O princípio da lesividade como elemento estrutural obrigatório da sentença penal condenatória

Afirmamos no tópico retro a imprescindibilidade do bem jurídico penal, içando-o ao posto de garantia intransponível de todo e qualquer Estado Democrático de Direito. Afirmamos, ainda, que o direito penal somente deveria dispensar proteção àqueles bens dotados de relevância social e com previsão no bojo da Constituição. A consequência

99 Bastante cauteloso, Silveira (2003, p. 66) vai defender o contrário, aduzindo que “pelas próprias características vislumbradas nos delitos a bens supra-individuais, é de se ver que, fundamentalmente, haverão eles de ser tipificados como delitos de perigo abstrato. Entretanto, muito criticáveis podem ser essas colocações. A delimitação de como o Direito Penal poderá vir a cuidar de situações abstratas é um dos grandes impasses do momento atual.”

100 Em direção similar, Costa (2010, p. 18) explica que “pode-se dizer que o conceito de bem jurídico, sob uma leitura personalista, não só continua atual como deve ganhar ainda maior importância no enfrentamento dos novos problemas do direito penal. Ele mantém seu caráter de parâmetro crítico, permitindo, de um lado, a tutela de novos bens jurídicos, inclusive os coletivos, mas submetendo-os, doutro lado, a um rigoroso exame quanto à sua legitimidade.”

lógica de tais afirmações é que o princípio da lesividade ou ofensividade é primordial para aferição do nível da agressão sofrida pelos bens jurídicos, interligando-se intensamente ao poder judicial de comprovação probatória ou de verificação fática outrora analisado. Com efeito, é por meio da lesividade que os bens jurídicos penais exercem sua função parametrizante, através da qual o magistrado no caso em concreto pode fazer seu juízo sobre o nível de lesão ou perigo de lesão sofrido pelo objeto da tutela protetiva, firmando eventual decreto condenatório.

Nesse aspecto, um questionamento se mostra necessário para a sequência do nosso estudo: o princípio da lesividade teria amparo na nossa Constituição? Do teor da resposta obtida, teríamos importantes e diferentes desdobramentos para os problemas atualmente enfrentados pelo moderno direito penal e seu processo de expansão. Isso porque é justamente dessa expansão que brotam os capitais desafios lançados para os estudiosos do direito penal, bem como para o legislador dessa matéria. Como visto linhas atrás, é muito grande o déficit de legitimação das técnicas legislativas utilizadas na proteção dos novos bens jurídicos (antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato, notadamente nos chamados delitos cumulativos; e o freqüente emprego das penas criminais contra condutas direcionadas a bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por penalidades de natureza administrativa). Todos esses problemas guardam íntima ligação ao princípio da lesividade, pois, ao buscar respostas para os tais problemas, doutrina e legislação terminam relativizando-o.

Desse modo, caso o princípio da lesividade seja considerado um princípio infraconstitucional, não haveria obstáculo algum no seu abrandamento e todos os problemas acima citados seriam resolvidos de forma legítima. Porém, o princípio em voga decorre da força normativa da Constituição, sendo assim por ela amparado. A maior implicação prática disso é que a legislação ordinária deve observar a lesividade como elemento (normativo) estrutural dos delitos, pois sem as suas limitações de cunho constitucional o legislador penal teria uma carta em branco para restringir direitos fundamentais. Reside aqui o grande nó a ser desatado, pois a atual sociedade pós-industrial necessita de tutela penal preventiva para resguardo dos novos bens jurídicos, mormente os bens de natureza coletiva. Mas como harmonizar a ofensividade, regra de coloração clássica, com a precocidade da tutela penal contemporânea? Apontaremos algumas soluções possíveis no momento oportuno.

Por ora, é preciso esboçar o raciocínio jurídico por meio do qual se conclui que o princípio da lesividade tem morada constitucional e, por isso, deve orientar tanto a atividade legislativa quanto o caminho percorrido pelos juízes criminais no instante da prolação de um eventual édito condenatório. E quem melhor explica a fundamentação constitucional da lesividade é D'avila (2009, p. 60-64).¹⁰¹ Partindo de uma análise histórica, o autor informa que a partir do direito penal secularizado o crime foi dessacralizado, apartando-se do pecado e passando a ser visto como um fato prejudicial à sociedade. Por conseguinte, seguindo a lógica do contrato social, o crime começava a se apresentar como a violação de um direito subjetivo. Florescia assim a noção de ofensividade, atrelada ao conceito material de crime.

Contudo, percebeu-se a inadequação em associar a transgressão de direitos subjetivos ao conceito de ofensividade, eis que havia uma gama de delitos que, embora perpetrados, não tinha idoneidade para ferir direitos subjetivos, os quais permaneciam incólumes (D'AVILA, 2009, p. 60-64).¹⁰² Nesse contexto, Birnbaum apresentou a sua teoria da proteção de bens jurídicos (*Lehre vom Rechtsgüterschutz*), indicando consistir o crime na violação de um bem jurídico com reconhecimento social, trazendo consigo a ideia de ofensividade. E, como visto anteriormente, a evolução do conceito de bem

101 Na Itália, Mantovani (2013, p. 188, tradução livre) explica que “o *fundamento constitucional* do principio da ofensividade, como *diretriz fundamental* de política criminal e «baricentro» do nosso direito penal constitucionalizado, exprime ele uma opção da nossa constituição a favor de um direito penal de base objetiva (como sistema de norma que *tutela bens jurídicos*) contra qualquer regressão a direitos penais subjetivos. Acolhendo tal princípio ao lado do principio da legalidade formal, a Constituição tem dessa forma constitucionalizado uma noção de crime como *fato ofensivo típico*, cuja tipicidade pertence, junto aos outros requisitos estruturais (conduta, evento material, relação de causalidade), o requisito essencial da *ofensa ao bem tutelado*.” No original: *del fondamento costituzionale del principio di offensività, quale direttrice fondamentale di politica criminale e «baricentro» del nostro diritto penale costituzionalizzato, esprimendo esso un'opzione della nostra costituzione a favore di un diritto penale a base oggettivistica (come sistema di norme a tutela di beni giuridici) contro ogni regressione a diritti penali soggettivistici. Acogliendo tale principio accanto al principio di legalità formale, la Costituzione ha così costituzionalizzato una nozione di reato come fatto offensivo tipico, alla cui tipicità appartiene, assieme agli altri requisiti strutturali (condotta, evento materiale, rapporto di causalità), il requisito parimenti essenziale della offesa al bene tutelato.* (destaques originais) Contudo, o próprio Mantovani (2013, p. 189, tradução livre) relativiza o princípio em referência ao aceitar que exceções ligadas a necessidades de prevenção “imperiosamente impõem a República o dever de reconhecer os direitos fundamentais de cada homem e de garantir-lhes.” No original: *imperiosamente impone alla Repubblica il dovere di riconoscere i diritti fondamentali di ogni uomo e di garantirli.*

jurídico¹⁰³ acompanhou a ascensão do direito constitucional, o qual terminou acomodando não só o bem jurídico penal mas também o princípio da lesividade no seio das Constituições esclarecidas, como foi o caso da nossa Carta brasileira.

Para D'avila (2009, p. 68-69) o princípio da lesividade seria um importante projeto com fundamento político-ideológico por meio do qual podem ser vislumbradas as estruturas legítimas de determinado direito penal e sua correlata política criminal como inerentes ao ideal de Estado Democrático e Social de Direito. O autor defende que, no caso do Brasil, a nossa Constituição alberga a ofensividade desde o seu preâmbulo, razão pela qual não deveria encontrar qualquer espécie de obstáculo argumentativo no campo da política criminal. Segue afirmando a necessidade de se concretizar os compromissos assumidos pelo legislador constituinte originário, o que demandaria o encontro de critérios positivos de restrição ao processo de criminalização. Disso resultaria ser a ofensividade uma criteriosa imposição constitucional, com esteio tanto nos princípios quanto nas regras constitucionais.

Sob a vertente do direito positivo, D'avila (2009, p. 70-71) sustenta que o princípio da ofensividade alcança o seu momento de maior concreção normativa à luz dos artigos 1º e 5º, ambos da Constituição Federal, versando, respectivamente, sobre a dignidade da pessoa humana e garantindo o direito à liberdade. O autor alimenta-se do caráter duplo (*Doppelcharakter*) das normas constitucionais arquitetado por Alexy para dizer que tanto a dignidade quanto a liberdade podem ser ponderadas, mas jamais seria legítimo um exercício de ponderação irrestrito. Por conseguinte, toda atividade legislativa deve ser desencadeada sob o viés da ponderação de interesses, sobrelevando os interesses mais qualificados pela Constituição. Assim, por exemplo, não haveria

102 Exemplificando, D'avila (2009, p. 63-64) menciona os crimes contra a moral sexual, de falsidade e os atentados contra a incolumidade pública, como crimes incapazes de gerar lesão a direitos subjetivos. Além disso, esclarece que “Quando alguém lesiona a integridade física de outrem ou subtrai para si bens móveis alheios, não suprime ou lesiona o direito subjetivo em questão. Ele se mantém intacto, nada sofre com a agressão, pois, em verdade, a ofensa nada pode causar ao direito, mas, sim, apenas ao seu objeto.”

103 Importante sublinhar que houve momentos na história de nítida relativização do bem jurídico penal, como constatado durante os regimes ditatoriais, quando bem jurídico e vontade estatal confundiam-se de maneira ilimitada.

compatibilidade vertical normativa em instrumentalizar o homem na defesa de meros interesses administrativos ou de organização social, pois seria ferida a sua dignidade.¹⁰⁴

Ademais disso, ainda existiria uma fundamentação infraconstitucional a sinalizar para a necessidade de se resguardar o princípio da ofensividade, conquanto não possua a mesma força de contenção legislativa dos princípios constitucionais há pouco mencionados (dignidade e liberdade). Segundo D'avila (2009, p. 71), os dispositivos 14, inciso II; 17 *caput*; e 13, *caput*, primeira parte, todos do Código Penal pátrio, os quais tratam, respectivamente, da tentativa, do crime impossível e do resultado, remeteriam à necessidade de se buscar a lesividade na concretização do ilícito penal.

Por tudo isso e diante de um legislador ordinário descomprometido com os anseios puxados do texto constitucional, cumpre ao Poder Judiciário atuar de maneira complementar, exercendo um trabalho supletivo das carências legislativas, procurando ao máximo eliminar todo e qualquer déficit de legitimidade, através de um devido “processo hermenêutico de correção e recuperação do ilícito, quando, por certo, o tipo penal permitir tal correção, e outras vezes, pela total incapacidade de adequação à noção de ofensividade” (D’AVILA, 2009, p. 75), deverá, de forma excepcional, declarar a inconstitucionalidade do delito. Dessa forma, o princípio ora em curso exercerá “um papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração, quando menos teórica, de um direito penal mínimo” (FERRAJOLI, 2010, p. 429), contribuindo de maneira decisiva na realização do poder de verificação fática dos juízes, firmando-se como elemento estrutural obrigatório de toda e qualquer sentença condenatória.¹⁰⁵

104 Em direção análoga, Prado (2011, p. 89) elucida que “A liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada.”

105 Ligados à ideia de possibilidade de demonstração, Malarée e Ramirez (2004, p. 32-33, tradução livre) aduzem que “um determinado fato concreto, de acordo com o princípio da lesividade, só concretizará o delito se afetar um bem jurídico, ou seja, se puder haver demonstração no processo de incriminação secundária que a lesão ou colocação em perigo efetivo de lesão é objetivamente imputável ao fato típico atribuído pessoalmente ao autor.” No original: *um determinado hecho concreto, de acuerdo con el principio de lesividad, sólo será constitutivo de delito si há afectado a un bien jurídico, es decir, si puede demostrar-se en ele processo de incriminación secundária que la lesión o puesta en peligro efectiva del mismo es objetivamente imputable al hecho típico atribuído personalmente al autor.* (grifos originais) No mesmo tom, D'avila (2009, p. 76) menciona que a lesividade transforma-se numa “categoria jurídica capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, absolutamente independente de

5. Executivo, Legislativo e Judiciário: a cooperação entre os poderes e a busca do minimalismo penal como via legítima

De arranque, é bom frisar que o direito penal mínimo, ao qual nos reportamos neste trabalho, toca ao minimalismo moderado, pregado por Ferrajoli, diferindo substancialmente do minimalismo radical, haja vista que esta última corrente prega o abolicionismo penal.¹⁰⁶ Com efeito, os abolicionistas propugnam a troca do sistema penal por outros meios de resolução dos conflitos, tomando por argumento a falência daquele sistema como um todo, eis que não cumpriria os seus maiores objetivos, consistentes na reprovação e prevenção do crime. Além disso, os abolicionistas noticiam outras razões para o reconhecimento da deslegitimação, valendo citar o caráter estigmatizante e cruel do sistema penal, que feriria a dignidade da pessoa humana; as cifras ocultas¹⁰⁷, definidas como os crimes que acontecem e não chegam ao conhecimento das autoridades competentes para regular apuração e acerto, gerando assim impunidade; e, por fim, a própria relatividade da definição do delito.¹⁰⁸

O minimalismo de Ferrajoli – que fique bem claro – é aquele moderado,¹⁰⁹ oriundo da Revolução Americana de 1776, tomando por base os ideais oriundos do Iluminismo, quando a Assembléia Nacional Constituinte da França aprovou, no ano de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual trazia em seu corpo o art. 8º, rezando o seguinte: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e

outros centros de desvalor que possam a ela estar teleologicamente relacionados. A ofensividade ganha, dessa maneira, plena autonomia e, por decorrência, capacidade de fundamentação e delimitação do ilícito.

106 Com idêntica aplicação ao nosso estudo, Bianchini (2002, p. 26) explica que “a linha de raciocínio que embasa a presente pesquisa não se filia ao abolicionismo penal, mas à corrente de pensamento denominada minimalismo penal, que – em expressão simples – apregoa que o sistema repressivo, por, intrinsecamente produzir violência, deve ficar reservado aos episódios em que sua atuação torna-se indispensável – lógica do mal necessário.”

107 Oportuno mencionar, ainda, a existência da cifra dourada, a qual trata da criminalidade das classes privilegiadas, referente aos chamados “crimes de colarinho branco”, tais como os delitos contra o meio ambiente, a ordem tributária e o sistema financeiro.

promulgada antes do delito e legalmente aplicada”. Eis a gênese da intervenção penal mínima, fonte da qual brotam duas importantes facetas do moderno Direito Penal, quais sejam: a fragmentariedade e a subsidiariedade. É o Direito Penal caracterizado por sua atuação comedida, como *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos.

Pelo viés da fragmentariedade,¹¹⁰ observa-se que não são todos os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, mas apenas aqueles fragmentos eleitos pelo legislador, à luz da constituição, como os mais importantes ao bom desenvolvimento dos indivíduos em sociedade (vida, liberdade, meio ambiente etc.). Trata-se de uma garantia político-criminal, eis que o objeto a ser tutelado passa a exercer papel fundamental na construção dos delitos. A bem da verdade, é através do caráter fragmentário do Direito Penal, aliado ao conceito de bem jurídico,¹¹¹ que se põe um freio na ânsia de criação de novas condutas típicas pelo legislador ordinário, limitando o poder de punir estatal, com significativa ampliação da esfera de liberdade humana.

108 Zaffaroni (2010, p. 98) observa a existência de variantes do abolicionismo, eis que os seus “autores não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticas para alcançar os objetivos, uma vez que provêm de diferentes vertentes de pensamento. Neste sentido, deve ser assinalada a preferência marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsman, a estruturalista de Michel Foucault e, poderia ainda ser acrescentada, a fenomenológico-historicista de Nils Christie.” Entretanto, Queiroz (2013, p. 84) comunica que “Hulsman e Scheerer são alguns dos poucos autores que ainda podem ser considerados realmente ‘abolicionistas’, visto que Christie reviu sua posição inicial (à semelhança de Mathiesen), para declarar-se ‘minimalista’, conforme entrevista concedida a Ana Sofia S. Oliveira e André Isola Fonseca, *Revista do IBCCrim*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 21, jan/mar. 1998.”

109 Para o autor florentino, o garantismo seria um meio de alcançar o minimalismo moderado, mas sem abrir mão do direito penal. O referido autor é contundente em afirmar que defenderá “contra as hipóteses propriamente abolicionistas e contra aquelas substitutivas, a forma jurídica da pena, enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta à desviação socialmente não tolerada.” (FERRAJOLI, p. 231-232) Zaffaroni (2010, p. 95) reforça, aduzindo que “Ferrajoli recusa esta radicalização, que parece identificar como própria do abolicionismo, afirmando que mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito penal mínimo como único meio de serem evitados danos maiores (a vingança ilimitada).”.

110 A fragmentariedade é resultado dos princípios da reserva legal e da intervenção mínima, devendo-se entender que “O direito penal só pode proteger os interesses mais importantes. Não pode, pois, proteger todos os bens jurídicos previstos em outra norma extrapenal, de forma seqüenciada.” (CARVALHO, 2007, p. 69)

Em seqüência, impende ainda sublinhar a ideia de subsidiariedade, por meio da qual o Direito Penal somente deve ser acionado em última hipótese (*rectius*, *ultima ratio*), por motivo de ineficiência dos demais ramos jurídicos na proteção de determinados bens, os quais precisam, como antes explicado, apresentar relevância social e assento constitucional, em uma palavra: precisam ostentar dignidade penal. Isto em razão “da drástica intervenção do Direito Penal, com todas as suas conseqüências maléficas, a exemplo do efeito estigmatizante da pena, dos reflexos que uma condenação traz sobre a família do condenado etc.” (GRECO, 2010, p. 73-74) Por certo, conquanto proveniente de ambiente constitucional, a afirmação de que a pena não passará da pessoa do delinqüente é mera ilusão, sendo tal constatação notória.

D’outro lado, pautando-se no fato de ser a Constituição Federal Brasileira uma constituição dirigente, resta evidente, consoante já dito, que o referenciado dirigismo melhor se adapta ao denominado Estado de bem-estar social, através do qual a implementação de políticas públicas se delinea como objetivo primordial, sob pena de desmoronamento de todo o sistema. Assim, o Estado de bem-estar tem por escopo assegurar de forma efetiva a todos os seus integrantes as mínimas possibilidades de existência digna, numa espécie de grande sistema de seguridade social, ligando todos os indivíduos ao seu mecanismo de produção, base de sua economia, através de determinados tipos de comportamento.¹¹² Razão disso, a manutenção desse sistema encontra-se atrelada ao constante crescimento da produção, tornando-se imprescindível um mercado consumidor ativo. Aos olhos de Cervini (2002, p. 37), “é um sistema que se retro-alimenta, de forma que não se pode conceber o chamado Estado de Bem-Estar Social sem uma sociedade de consumo.”

Nesse contexto cíclico, se o Estado em análise não cumpre as suas promessas, resguardando aos seus cidadãos um piso existencial mínimo, a corrente é quebrada e os

111 Vale a pena conferir, nesse ínterim, o escólio de Prado (2011, p. 31): “A doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito. Surge ela, pois, ‘como evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitativa do legislador, circunscrevendo a busca dos fatos mercedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social, mas lesivos de entidades reais – empírico naturais – do mundo exterior.”

112 Para testificar o nítido objetivo de programar e realizar o bem-estar social prometido, basta a leitura do art. 7º, inciso IV, da nossa Constituição Federal.

resultados são desastrosos. Isto porque o indivíduo desalojado do meio social, sem atendimento de suas necessidades vitais básicas (renda, saúde, educação, moradia, lazer etc.), não tem serventia para o sistema, sendo desconsiderado, descartado. Sem poder de compra, o cidadão perde o amuleto de sua salvação e, deixando de ter funcionalidade social, passa a integrar um grupo de risco aos consumidores em potencial e a viver *a latere* do sistema, tornando-se alvos fáceis da seletividade penal.¹¹³

Via de efeito, a sociedade assiste, nessa lógica, a transformação do Estado Social em Estado Penal, desencadeando tal fato um cenário nefasto de desigualdade social, o qual tem como principal fator o capitalismo neoliberal e o fenômeno da globalização, os quais, somados à ausência de vontade constitucional, são responsáveis por ditar os rumos do comportamento social e por endossarem o uso em demasia do direito penal.¹¹⁴ Na prática, então, o Estado de bem-estar social não passa de ilusão. Via de consequência, sem poder real de consumo, o indivíduo é, no mais das vezes, empurrado à criminalidade.¹¹⁵ Daí em diante, a profecia se realiza: o crime é praticado, o acusado é sentenciado, a pena se torna imutável e o agora criminoso deveria receber do Estado a concretização das várias promessas por si positivadas,¹¹⁶ dentre as quais, a ressocialização no cárcere.

113 Callegari e Wermuth (2010, p. 26), com precisão, complementam que “Eles se tornam ‘descartáveis’, vivendo sem leis protetoras garantidas efetivamente e, condenados à marginalidade socioeconômica e a condições hobbesianas de existência, não mais aparecem como detentores de direitos públicos subjetivos. Mas isso não significa que serão dispensados das obrigações estabelecidas pelo Estado: este os mantém vinculados ao sistema jurídico por meio de suas normas penais.”

114 Guimarães (2007, p. 239), tecendo severas críticas ao neoliberalismo, admoesta que: “O Estado neoliberal representaria então a versão final, ou mais acabada, de uma inversão ou antítese do Estado social, haja vista que as elites dominantes – defensoras dos interesses do capital – são o segmento protegido, com uma profusa transferência de fundos públicos para as mesmas, ou seja, em sentimento contrário aos objetivos do Estado social, para garantir a ininterrupta transferência de dinheiro público para o setor privado, há uma contenção ou mesmo supressão de políticas democráticas, com a eliminação de gastos sociais que beneficiariam a maioria da população.”

115 Veremos, no capítulo seguinte, como a ideia de consumo contribui para a expansão do direito penal.

116 Pela dicção do art. 88, cabeça, da Lei 7.210/84, “O condenado será alojado em cela individual, que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório”, ou seja, o cotejo da lei com a realidade fática testifica que nem o mínimo é cumprido.

Contudo, embora Foucault (2010, p. 217) tenha detectado que a prisão trouxe consigo o acesso à humanidade, marcando um momento importante na história da justiça penal, por outro lado é fato notório que são diminutos os casos de (re)socialização dentro dos presídios. Cervini (2002, p. 53), neste aspecto, sinaliza que nos dias atuais, nenhum especialista advoga que o cárcere cumpre de forma eficaz o seu papel de reabilitar e corrigir, consoante esperado pela sociedade. Bitencourt (2001, p. 134) aponta para a história, noticiando que a prisão surgiu como principal resposta do direito penal durante o século XIX aos clamores da sociedade, veiculando a ideia pela qual dita modalidade de pena ocuparia de forma adequada o posto de remédio para cura dos criminosos.

O tempo, porém, incumbiu-se de exterminar o clima embrionário de esperança, dando lugar a um quadro de pessimismo, ante os resultados alcançados pelo encarceramento, encontrando-se o sistema prisional em agonia, arrastando consigo as mínimas chances de se extrair o tão sonhado efeito ressocializador via privação de liberdade. Portanto, toda e qualquer espécie de expansão penal ilegítima deve ser combatida. É sobre esse aspecto que (i)legitimidade do sistema penal já vem sendo há muito tempo debatida por vários segmentos em todo o mundo.¹¹⁷ Na América do Sul, Zaffaroni (2010, p. 19) advoga que a tal legitimidade do sistema penal seria uma *utopia*, aduzindo que:

Em nossa região marginal, é absolutamente insustentável a racionalidade do discurso jurídico-penal que de forma muito mais evidente do que nos países centrais, não cumpre nenhum dos requisitos de legitimidade. A quebra de racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a conseqüente legitimidade tornaram-se ‘utópicas’ e ‘atemporais’: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum.

Na prática, então, o direito penal não tem cumprido o seu papel a contento.

Diante de um sistema penal iníquo, que procura reinventar uma legitimidade convincente, o seu toque e a sua medida mais odiosa devem ser minimamente

117 Sobre o tema em comento, Varjão (2013, p. 20) denuncia que “Nessa gigantesca onda de criminalização, o legislador penal contemporâneo só mostra o tamanho da crise de legitimidade, pois aumenta a evidência do caráter simbólico do Direito penal atual, que é incapaz de cumprir aquilo que se propõe, ou seja, o próprio sistema penal, formado pelos órgãos judiciais e executivos, não é capaz de processar, julgar e executar os casos tipificados pelo Direito penal.”

utilizados, ficando o legislador penal com o ônus de apresentar caminhos alternativos à prisão, sendo a justiça restaurativa¹¹⁸ um bom começo. Enquanto isso, na omissão da atividade legiferante, o poder complementar dos juízes, atento aos princípios constitucionais, apresenta-se como verdadeira ponte de ouro, guiando-os de maneira segura e fornecendo-lhes justificativas viáveis e tecnicamente racionais para o real florescimento da justiça no caso em concreto, dentro de um novo cariz do direito penal à luz do neoconstitucionalismo.

É certo, então, que entre nós se faz necessário desencadear, com certa urgência, o processo de minimização do direito penal, pois o tal processo ainda é muito tímido em nossa comunidade jurídica. Apenas uma parcela da doutrina e da jurisprudência intestina já deflagraram dita perspectiva jurídica, a qual não vem encontrando eco no Poder Legislativo nacional. Por certo, lamentavelmente, o nosso legislador cede amiúde aos apelos populistas da sociedade pós-industrial, e vem paulatinamente implementando a ilegítima política de tolerância zero, a qual termina por alcançar, em sua grande maioria, as classes sociais menos favorecidas.¹¹⁹ Aliás, o alargamento da tutela penal vem ganhado amplitude ao ponto de agora alcançar não só os menos favorecidos, mas todos os segmentos sociais.¹²⁰

É preciso construir um diálogo pautado no garantismo e na cooperação entre os Poderes constituídos.¹²¹ O desempenho das três funções básicas do Estado Democrático

118 Conforme o magistério de Jaccound (2005, p. 169), “A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda forma de ação individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito.”

119 Pertinentes aqui as palavras de Beck (2011, p. 92), quando verbera que “A sociedade de risco envolve assim, justamente com a ampliação dos perigos e a simultânea inércia política, um tendência imanente à ‘sociedade do bode expiatório’: subitamente deixam de ser as ameaças e passam a ser aqueles que as revelam os que provocam a inquietação generalizada.”

120 É o chamado “efeito bumerangue”, a ser estudado no capítulo seguinte, por se tratar de assunto inerente à sociedade de risco e visto como um dos efeitos do fenômeno da expansão penal. Outrossim, será analisado o surgimento dos “gestores atípicos da moral” (SÁNCHEZ, 2011, p. 80-83), nova classe resultante da expansão penal.

121 Principalmente na esfera do direito penal, onde é preciso ter em mente que “a função dos direitos fundamentais não se limita (notadamente no contexto do Estado Democrático de Direito) à sua condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento

de Direito deve ser concatenado de forma harmoniosa, de modo que não ocorra um desencontro das políticas públicas no âmbito prático da sociedade. E a pedra de toque a guiar os processos de legislação, execução e julgamento é a Constituição Federal, donde se extrai a elevação da dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos.¹²² Assim, a conclusão não pode ser outra: Legislativo, Executivo e Judiciário submetem-se aos comandos materiais e processuais da Constituição na restrição e na promoção dos direitos e garantias, tanto mais porque “os princípios da política processual [e material] de uma nação nada mais são do que segmentos de sua política estatal geral” (CARVALHO, 1992, p. 76).

Elencando quatro critérios de atuação a serem observados pelos três poderes, na busca do minimalismo penal, Ferrajoli (2010, p. 433-435) expõe que: i) a construção legislativa de um delito deve avaliar sua possibilidade de verificação empírica, sempre conectada a uma lesão ou perigo concreto de lesão; ii) os bens privados pela pena não podem ter maior importância constitucional do que os bens protegidos por ela (a pena), desde que a proteção possa ser efetiva pela via cível ou administrativa; iii) a proteção penal dever ser útil, sendo ilegítima toda proteção penal que não esteja apta a produzir efeitos práticos (por exemplo, efeito intimidatório); e iv) por fim, a tutela penal de um bem jurídico somente se justifica e ganha credibilidade quando é antecedida de uma política extrapenal de amparo a esse mesmo bem jurídico.¹²³ Sobre esse último aspecto, seria interessante, desde a formação escolar, a implementação de propostas educacionais jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” (SARLET, 2008, p. 43)

122 Deveras, a existência de um sentimento constitucional em implementar os programas sociais prometidos e, por sua vez, dar concretude à dignidade humana, mostra-se patente e deve partir de todos, mormente daqueles que compõem os Poderes da República. Sob tal prisma, no que diz respeito “aos poderes constituídos, a dignidade ora assume o papel de fronteira à sua atuação, ora se identifica como objetivo da atuação destes.” (JACINTHO, 2009, p. 37) Portanto, quando o Legislativo criminaliza condutas aleatoriamente, ao mesmo tempo em que o Executivo deixa de oportunizar direitos fundamentais básicos (v. g., educação), atuam em total descompasso com a fronteira e os objetivos da dignidade humana, ferindo o texto magno.

123 Ferrajoli (2010, p. 435) esclarece que “Não há dúvida de que uma política de defesa de bens penais que interviesse, de forma categórica, nestes casos não só poderia remover ou, quando menos, reduzir as situações que favorecem o delito, como, também, teria o efeito posterior de revalorizar os bens penais e de reforçar a justificação de sua tutela por meio da pena”.

efetivas de conscientização, por exemplo, sobre o trânsito, as drogas, a violência doméstica, o consumo, o meio ambiente etc., contribuindo com redução da criminalidade.

Enfim, dentro desse cipoal argumentativo, toda proposta de implementação fática de uma teoria do direito penal mínimo, traz em conjunto a necessidade de uma pauta de atividades a ser desenvolvida de maneira afinada e concomitante entre os poderes constituídos. Referimo-nos a uma criação legislativa racional, avessa aos simbolismos e preocupada com o avanço qualitativo dos indicadores sociais; uma execução de políticas públicas atreladas ao fomento educacional e geração de empregos dignos, viabilizando a concretização dos direitos fundamentais prometidos constitucionalmente; e uma atuação jurisdicional voltada ao engrandecimento das aspirações constitucionais originárias, pondo em destaque, a cada julgado, a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Portanto, o Judiciário precisa de uma gama de atividades do Legislativo e do Executivo para pôr em prática a minimização do direito penal. Ante tais argumentos, os fundamentos e objetivos plasmados no corpo da nossa Constituição devem ser respeitados e densificados, sempre em busca de uma ordem penal materialmente justa e consentânea com a nossa realidade, a qual ainda persiste em selecionar¹²⁴ seus criminosos, num processo ilegítimo de expansão que precisa ser controlado pelos Poderes constituídos. E o referenciado processo de expansão vem, cada vez mais, sendo agravado e influenciado pela súbita mutação da sociedade pós-industrial, com o aparecimento de novos bens jurídicos, os quais vêm recebendo proteção penal de forma questionável. Certamente, a nova realidade social vem causando impactos significativos na construção de um novo direito penal e na atuação dos juízes, consoante veremos no capítulo seguinte.

124 Zaffaroni (2010, p. 27) chega a afirmar que “o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.”

Capítulo III: A era pós-industrial e o advento da sociedade de risco: o consumo, o medo e a fluidez da comunicação passam a ditar as regras de um novo e (i)legítimo direito penal

1. Considerações preliminares.

Avançando ao terceiro capítulo, a ideia aqui é retratar a formação da sociedade de risco, fazendo uma incursão histórica de seu nascimento e apresentando suas principais características. E, dentre as características detectadas, analisaremos principalmente o consumo como peça chave daquela sociedade. Mostraremos o consumo como um elemento que impulsiona a formação do risco, além de ser também fator potencializador do aumento da criminalidade, trazendo consigo medo social generalizado e, por consequência, expansão do direito penal. Pregaremos a consolidação do entendimento por meio do qual a referida expansão vem sendo feita ao arrepio da nossa Constituição. Objetivamos explicar que a necessidade de proteger os novos bens jurídicos do risco tem produzido a gestão administrativa do direito penal, marcada pela utilização excessiva dos crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos e o crescimento da legislação penal simbólica, deturpando a ideia de bem jurídico e ao mesmo tempo relativizando o princípio da lesividade, fatores que posicionam de maneira ilegítima o direito penal como *prima ratio* da intervenção estatal. Veremos, ainda, que se inaugurou o direito penal da precaução, formando um cenário de duvidosa constitucionalidade que será objeto de avaliação crítica.

2. A sociedade de risco. Formação. Características

No capítulo anterior, advogamos ser a Constituição brasileira portadora do garantismo, haja vista sua orientação ser voltada para a amplitude da liberdade humana e encolhimento do poder punitivo estatal. Também buscamos demonstrar que a doutrina garantista constitui a própria essência da Constituição, o seu eixo axiológico. E, mais, vimos no primeiro capítulo que o legítimo guardião da Constituição é o Poder Judiciário, responsável por estabelecer o ponto final de todos os conflitos e dúvidas que tragam como questão de fundo algo relacionado ao plano constitucional, com potencial de complementar a atividade legislativa. Doravante, procuraremos demonstrar as implicações de tais assertivas em cotejo com a realidade social para, a partir daí, detalhar as consequências resultantes do choque provocado entre a evolução social e o direito, direcionando os holofotes para o fenômeno da expansão do direito penal e qual seria o legítimo papel a ser exercido pelo Poder Judiciário sobre o tema em voga.

Ninguém seria tão inocente ao ponto de afirmar que não vivemos em uma sociedade de consumo.¹²⁵ O consumo, a bem da verdade, pode ser classificado como principal elemento estrutural do vértice econômico da sociedade, alimentando o modelo organizacional da civilização ocidental industrializada, onde aqui incluímos, mesmo que tardia ou incompletamente, a sociedade brasileira industrializada. Contudo, a sociedade industrial embrionária evoluiu ao ponto de não suportar os efeitos gerados por sua própria atividade desenvolvimentista. Numa comparação regressiva com a história, podemos afirmar que, do mesmo jeito que a modernidade nutrida do século XIX fez desmoronar os pilares da “esclerosada sociedade agrária estamental, e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na configuração da modernidade, surge uma outra configuração social”(BECK, 2011, p. 12-13).

125 Tal assertiva encontra eco em interessante trecho da obra de Bauman (2008, p. 31), quando releva a banalidade da natureza descartável dos bens de consumo: “Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando ‘velho’ a ‘defasado’, impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo. É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distância temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o feticismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do lixo. Não se espera dos consumidores que jurem lealdade aos objetos que obtêm com a intenção de consumir.”

Essa outra e nova configuração social é denominada por Beck de “sociedade de risco” (*Risikogesellschaft*), título do seu livro publicado em 1986, logo após o acidente na cidade ucraniana de Chernobyl, e mundialmente difundido. No citado livro, o sociólogo alemão expõe as consequências dos influxos ocasionados pelos riscos advindos com a industrialização e potencializados num mundo globalizado e com limites territoriais encurtados pela tecnologia.¹²⁶ Beck (2011, p. 15) escancara a contradição resultante entre modernidade e sociedade industrial, separando uma da outra e denunciando a incapacidade desta última de controlar os riscos produzidos pela primeira, concluindo que a produção de riquezas estaria em papel de inferioridade quando defrontada à produção de riscos.

Com efeito, a escassez que penalizava a sociedade de outros tempos serviu e ainda serve como mote a impulsionar a busca por novas fontes de riqueza social, materializadas em novas tecnologias e num conhecimento científico capaz de suprir momentaneamente as ilimitadas necessidades humanas. Contudo, se a busca incessante por riqueza permanece igual, agora os riscos são diferentes.¹²⁷ Por certo, o passado era caracterizado pela produção de riscos individualizáveis, atingindo pessoas certas e determinadas, localizadas geograficamente. Somado a isso, havia maior possibilidade de antever eventuais resultados danosos. De maneira simplificada: os riscos eram pessoais, regionais e previsíveis.¹²⁸ Assim, de certa forma, havia um controle razoável dos riscos produzidos, os quais não eram inseridos como motivo de preocupação no contexto

126 Pulitanò (2013, p. 208-209, tradução livre) corrobora afirmando que: “A sociedade industrial moderna é, segundo uma grata fórmula, uma sociedade de risco, no sentido que a produção de riscos é entrelaçada às atividades produtivas e aos modos de vida normalmente praticados e aceitados. Também se vivemos em um mundo por tantos aspectos mais seguros do que no passado, existe uma maior consciência dos riscos.” No original: *La società industriale moderna é, secondo una fortunata formula, una società del rischio, nel senso che la produzione di rischi é intrecciata ad attività produttive e a modi di vita normalmente praticati e accettati. Anche se viviamo in un mondo per tanti aspetti più sicuro che in passato, v'è una maggiore consapevolezza dei rischi.*

127 “Quem – como – Colombo saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra.” (BECK, 2011, p. 25)

social (BOTTINI, 2013, p. 25). Nessa época, o direito penal liberal atendia sua função de proteger os bens jurídicos de maneira adequada e racional.

Entretanto, na atual sociedade de risco, fruto das imposições decorrentes da Revolução Industrial desencadeada no século XIX, a ideia é fomentar o consumismo¹²⁹ através das inovações tecnológicas e industriais, alcançando o maior número de pessoas possíveis – essa é a lógica do sistema capitalista.¹³⁰ Nesse passo, a procura pelo “novo” implica intensa atividade direcionada ao desenvolvimento científico, sem que se saiba ao certo quais serão os eventuais resultados produzidos, criando um quadro nebuloso de incerteza e insegurança,¹³¹ onde todos são vítimas em potencial. Assim, o risco passa a ser elemento característico das sociedades modernas, compondo a espinha dorsal da estrutura econômica. De seu turno, os empreendimentos arriscados “já não podem – como os riscos fabris e profissionais no século XIX e na primeira metade do século XX

128 Para Pulitanò (2013, p. 209, tradução livre), “As redes causais, nas quais os fatores de risco podem envolver em eventos danosos, são extremamente complexas; as atribuições causais são freqüentemente incertas; as conseqüências podem não ser calculáveis, e atingir dimensões catastróficas. Dentro do tema dos riscos se disputam partidas essenciais relativas ao modo de ser da sociedade, a relacionamentos de poder, ao trabalho da ciência.” No original: *Le reti causali, nelle quali fattori di rischio possono evolvere in eventi di danno, sono estremamente complesse; le attribuzioni causali sono spesso incerte; le consenguenze possono non essere calcolabili, ed attingere dimensioni catastrofiche. Attorno al tema dei rischi si giocano partite essenziali relative al modo di essere della società, a rapporti di potere, al lavoro della scienza.*

129 Bauman (2008, p. 41) define o consumismo como “um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, ‘neutros quanto ao regime’, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais.”

130 Referindo-se à nítida sintonia entre o sistema capitalista e o consumismo, Marcuse (1975, p. 13) lembra “como a sociedade afluenta depende cada vez mais da ininterrupta produção e consumo do supérfluo, dos novos inventos, do obsoletismo planejado e dos meios de destruição, os indivíduos têm de adaptar-se a esses requisitos de um modo que excede os caminhos tradicionais.” Ainda sobre o consumismo, Bauman (2008, p. 38) aponta ser ele “especialmente importante, se não central para a vida da maioria das pessoas, o verdadeiro propósito da existência. É quando nossa capacidade de ‘querer’, ‘desejar’, ‘ansiar por’ e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia do convívio humano.”

– ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos. Pelo contrário, contêm uma tendência globalizante” (BECK, 2011, p. 16).

As principais características do risco contemporâneo e seus influxos sobre o direito são apresentadas por Bottini (2013, p. 27-30) da seguinte maneira: a) o risco desloca-se da periferia para a parte central da organização social, passando a sofrer a incidência de decisões políticas, eis que passa a ser gênese de atividades perigosas, atraindo a necessidade de regulação estatal, inclusive por meio do direito penal; b) a visualização do nexo de causalidade entre conduta danosa e resultado torna-se cada vez mais difícil, pois o processo de pulverização dos fatores referenciais de tempo e espaço é intensificado a cada dia pelas inovações tecnológicas;¹³² c) cria-se o chamado “efeito bumerangue”,¹³³ por meio do qual se materializa a democratização do risco, ou seja, quem produz e/ou se beneficia do risco também pode sofrer seus efeitos maléficos.

Tudo isso ocasiona uma situação conflitante, pois o clamor pela descoberta de inovações tecnológicas que propiciem a cura de doenças, o melhoramento genético, o aumento da produção alimentar, a segurança dos meios de transporte etc., também vem acompanhado da obscuridade dos possíveis estágios de perigo resultantes da aplicações

131 Dita insegurança é minimizada por Sanches (2011, p. 46-47)), quando admoesta que “*a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior a própria existência objetiva dos mesmos.*” (grifos no original) Segundo o autor, “existe uma elevadíssima ‘sensibilidade ao risco’, elencando como um dos motivos a atuação dos meios de comunicação, os quais terminam por encurtar distâncias, potencializando o medo.

132 Vejamos o exemplo citado por Beck (2011, p. 33): “A mulher que, em seu apartamento de três cômodos num subúrbio de Neuperlach, amamenta seu pequeno Martin de três meses de idade encontra-se desse modo numa ‘relação imediata’ com a indústria química, que fabrica pesticidas, com os agricultores, que se vêem obrigados, em razão das diretrizes agrícolas da Comunidade Européia, a recorrer à produção massiva especializada e à sobrefertilização, e por aí a fora”. No exemplo, comprovada uma lesão ao pequeno Martin, decorrente de componentes químicos alimentares advindos da amamentação, em razão da ingestão de agrotóxicos, fica patente a dificuldade de se imputar eventual conduta delitiva ao seu real agente. Isso porque o nexo de causalidade entre conduta e dano foi diluído ao longo do processo produtivo, tornando incerto o tempo e o local do evento criminoso, inviabilizando a responsabilidade penal.

133 Nas palavras de Beck (2011, p. 44), “Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram”. O autor segue exemplificando nas páginas seguintes algumas das hipóteses nas quais pode ser visualizado o tal efeito.

empíricas das novas descobertas. E para agravar tal situação de conflito, a racionalidade científica já não mais seria a via apta a extirpar a produção prévia dos riscos indesejáveis, evitando a periculosidade decorrente do comportamento humano, pois “Ao ocuparem-se com os riscos civilizacionais, as ciências sempre acabaram por abandonar sua base de lógica experimental, contraindo um casamento polígamo com a economia, a política e a ética” (BECK, 2011, p. 35), comprometendo o encontro da verdade objetiva.

Como visto, a necessidade de viabilizar o desenvolvimento econômico desencadeia a produção necessária de certos riscos. Contudo, a ignorância sobre a periculosidade daí advinda passa a ser fator decisivo a fomentar a intervenção do Estado, normatizando penalmente os limites aceitáveis das atividades e empreendimentos geradoras de perigo, cristalizando uma típica atuação administrativa de gerenciamento de riscos.¹³⁴ Busca-se uma fórmula legal com escopo de preservar o atual modelo de produção e, ao mesmo tempo, garantir a pretendida segurança social, aplacando o medo generalizado. Como consequência já afirmada neste trabalho, a normatização do risco é vista na antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato; na relativização do princípio da lesividade, com o fortalecimento dos delitos acumulativos; e no uso de penas criminais para proteção de bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por típicas penalidades de natureza administrativa, ensejando uma tutela penal simbólica.

Fica evidente, assim, a construção de uma nova roupagem ao direito penal,¹³⁵ que começa a despir-se de sua função originária de ser o protetor das liberdades contra os eventuais abusos do Estado, passando a ocupar o posto de aliado desse mesmo Estado na equalização dos riscos e conseqüente organização social, aproximando-se, portanto, do direito administrativo.¹³⁶ E o traço marcante dessa nova configuração do direito penal é notado pelo acolhimento do princípio da precaução,¹³⁷ o qual vai repercutir de modo tão incisivo ao ponto de reformular a atual política criminal e

134 Segundo Sanches (2011, p. 148), “o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’”.

135 Pelo visto, o advento do risco na sociedade capitalista exige uma nova modelagem da dogmática penal, obrigando os teóricos a procurar novas soluções racionais para os novos e atuais problemas, demonstrando que realmente o “direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto.” (GRAU, 1998, p. 44).

balançar a estrutura dogmática do delito.¹³⁸ Nas palavras de Bottini (2013, p. 64), “O direito penal, aos poucos, incorpora a precaução como princípio orientador de determinadas normas penais, para robustecer o sistema de gerenciamento de riscos, e para responder às demandas sociais por maior controle e por maior segurança”. Mas até que ponto seria legítimo um direito penal da precaução, marcadamente expansivo?

Eis, então, um importante eixo de nosso estudo, consistente em posicionar a atuação do Poder Judiciário num contexto conflituoso, onde a teoria do crime não consegue abarcar serenamente, com legitimidade e adequação constitucionais, as novas modalidades de delitos oriundos dessa nova sociedade do risco. Realmente, o sistema penal clássico, resultante do período ilustrado, focado em reprimir condutas lesivas a determinado bem jurídico individual cometidas no passado, agoniza *hic et nunc* diante de delitos, os quais passam a ser regulados de forma antecipada (sem lesão) e com o

136 Para Pessoa (2007), “boa parte das ameaças que os cidadãos estão expostos provém de decisões tomadas por outros cidadãos no manejo dos avanços tecnológicos, destacando, assim, riscos ao meio ambiente e ao ser humano, que derivam das modernas aplicações técnicas resultantes dos avanços na genética, energia nuclear, informática, biologia etc. De qualquer forma, assiste-se, de maneira evidente, ao fenômeno da ‘expansão do direito penal’, que vai ampliando sua abrangência, atingindo áreas anteriormente restritas a regulamentações administrativas.”

137 No intuito de pavimentar o caminho para o transcorrer seguro de nossas ideias, cabe aqui conceituar e distinguir os princípios da precaução e prevenção. Para tal desiderato, permitimo-nos lançar mão dos ensinamentos de Milaré (2009, p. 823), quando aduz que : “De maneira sintética, podemos dizer que a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto. Ou ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo em que a precaução envolve perigo abstrato.”

138 Por exemplo, Netto (2006, p. 89) explica os efeitos modificativos da atual conformação social sobre a tipicidade penal. Para o referido autor, “A sociedade de risco encerra uma etapa da vida da tipicidade do direito penal, e na existência do vácuo, coloca sorrateiramente em seu lugar uma nova forma de positivação que não pede licença, e apenas aos poucos vai sendo percebida pelos expectadores que vislumbram o cotidiano com as estruturas de outrora. A função de garantia já não se coloca tão precisa quanto antes. As normas despem-se da clareza da certeza, dando espaço aos tipos penais abertos e à maior incidência das chamadas normas penais em branco. A subsidiariedade altera sua dinâmica construindo um direito penal de ‘*prima ratio*’, estendendo a máxima tutela do Estado a bens jurídicos sequer pensados como objeto de defesa através da criminalização, ou ampliando as punições às condutas prévias à presumida lesividade destes mesmos bens, conforme o agora denominado direito penal do inimigo.”

intuito de proteger bens jurídicos coletivos, como *ad exemplum* o meio ambiente, a ordem econômica e tributária.¹³⁹

Tudo isso cristaliza a notória expansão do direito penal brasileiro, indo de encontro ao garantismo constitucional, despertando atuação do seu garante, o juiz, o qual, como já visto, deve manter uma postura clássica diante de elementos centrais da teoria do delito, notadamente as ideias de bem jurídico e ofensividade. Passaremos nos próximos tópicos a elencar dois importantes patrocinadores da expansão penal. O primeiro deles é o consumismo, analisado como algo necessário ao desenvolvimento social, mas que traz resultados indesejados na órbita penal, dado o crescimento dos índices de criminalidade. Após isso, estudaremos o estado de medo generalizado da população como fator de alargamento ilegítimo da tutela penal.

3. O consumismo e suas implicações na órbita do Direito Penal

Como explicitamos linhas atrás, o consumo exerce um papel decisivo na nova estrutura da sociedade pós-industrial.¹⁴⁰ Sem consumo de massa, não há movimentação da economia, o que pode gerar o próprio fim do modelo econômico atual. Dessa maneira, avulta-se em importância a figura do consumidor. É ele a peça chave que impulsiona o sistema de capitais tão caro à manutenção da sociedade de risco. Visto assim, quem não ostente a condição de consumidor deixará de ser útil a toda essa engrenagem. Deixará, ainda, de exercer direitos básicos, vivendo de maneira marginalizada a todo plexo normativo que lhe é assegurado. Via de efeito, as Constituições ocidentais modernas passaram a trazer consigo direitos sociais

139 Sobre a inconstitucionalidade dos crimes tributários, Föppel (2005, p. 39-42) lança mão de bons argumentos nesse sentido, afirmando que a principal intenção do Estado é arrecadatória. Outrossim, noticia a inexistência de bem jurídico digno de receber tutela penal, o qual (bem jurídico penal) não pode ser “monetarizado”. Por fim, conclui que: “Criminalizar infrações tributárias representa uma conduta na contramão da história, uma expansão do direito penal que, hoje, mais corretamente, deveria ser compreendido como um instrumento constitucional de utilização apenas em ultima ratio.”

140 Young (2002, p. 35) discorre sobre as formas de exclusão do indivíduo no mundo moderno, constatando que “as mudanças na esfera da produção e do consumo, e seu desenvolvimento e reinterpretação pelos atores envolvidos, têm efeitos sobre as causas da criminalidade e do desvio e sobre as reações contra eles. Isto é, de ambos os lados da diade do crime.”

elementares, de tal forma que restasse assegurado o mínimo poder de compra capaz de permitir o exercício de uma vida digna frente ao sistema capitalista.

Mas o que acontece quando a força normativa da Constituição social deixa de ser observada? Pois bem. Caso não sejam assegurados os tais direitos sociais básicos, são nefastos os efeitos, inclusive com implicações diretas no crescimento da criminalidade. E os resultados dessa omissão constitucional são ainda mais agravados pelo modo de vida projetado socialmente, ou seja, vivemos em “uma sociedade que julga e avalia seus membros principalmente por suas capacidades e sua conduta relacionada ao consumo” (BAUMAN, 2009, p. 108). Não que o consumo seja algo nocivo. Longe disso. A história demonstra que a ideia do consumo é atrelada ao homem. Como já observamos, o consumo é essencial para vida social e isso não é de agora.¹⁴¹ O que se torna prejudicial e reflete em cheio no direito penal é todo prestígio dispensado ao consumidor e ao consumo numa sociedade na qual nem todos podem consumir na forma propalada amiúde.

Ser consumidor nos dias atuais é tão importante que nossa Constituição foi contundente em assegurar, como cláusula pétrea (art. 5, inciso XXXII), a defesa do consumidor, determinando, inclusive, a criação de um conjunto de normas para melhor atender o objetivo de proteção.¹⁴² Ainda realçando a importância do consumidor, Andrade (2008, p. 29-30) pontifica que um dos passos mais importantes sobre a normatização dessa matéria foi dado pelo presidente norte-americano Kennedy, quando encaminhou ao Congresso do seu país em 12 de março de 1962 um arcabouço dos primeiros princípios de proteção ao consumidor, os quais foram perfilhados como direitos fundamentais e universais pela Organização das Nações Unidas (ONU) em

141 Andrade (2008, p. 25-26) lembra que desde o Código de Hamurábi (2083 a.C.) já havia menção aos direitos do consumidor no art. 233, o qual preconizava que “se um pedreiro construiu uma casa para um homem livre e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruiu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas.” Outrossim, o Código de Manu (séculos XII ou XII a.C.) estipulava em seus artigos 697 e 698, respectivamente, que haveria multa e indenização em caso de modificação de produtos, entrega de coisa inferior ao pactuado ou venda de bens iguais por preços distintos.

142 Tal conjunto normativo é a Lei 8.078/90, a qual se traduz numa ordenação futurista, içando o Brasil a um local privilegiado em matéria de direito do consumidor, além de trazer enorme contribuição na regulação também de direitos difusos e coletivos em geral.

1973, na 29ª sessão, ocorrida em Genebra. Além disso, em 1985, a Resolução 39.248 daquela entidade foi mais adiante em matéria de consumo, recomendando aos seus países membros a necessidade de “estabelecer e manter uma infra-estrutura adequada que permita formular, aplicar e vigiar o funcionamento das políticas de proteção ao consumidor.”

Contudo, em que pese toda a atenção normativa dispensada ao consumidor e a sua proteção, o Estado de bem-estar social vem falhando na sua função de conduzir os indivíduos justamente a alcançar a qualidade de consumidor. Essa falha tem causado um descompasso imperdoável à luz do texto Constitucional, mormente no que toca ao lado social. E a situação resta ainda mais agravada quando o consumo é incentivado de forma desmedida, incutindo no indivíduo que sua aceitação perante a sua comunidade deve partir de sua capacidade de consumir. Atualmente, o consumo é sem dúvida uma forma de comunicação, “A circulação, a compra, a venda, a apropriação de bens e de objetos/signos diferenciados constituem hoje a nossa linguagem e o nosso código, por cujo intermédio toda a sociedade comunica e fala” (BAUDRILLARD, 2011, p. 93-94). Sem consumir, o indivíduo não se comunica. Sem comunicação, não pode interagir. Sem interagir, é excluído, passando a viver à margem da sociedade.

Realmente, não deve ser fácil viver honestamente num ambiente no qual a toda hora e a todo o momento, em qualquer lugar que se observe, a ordem do dia é consumir, mas não há condições econômicas para praticar o incentivado consumo. E o mais estarrecedor é que o consumo, ventilado aos quatro cantos, não é aquele referente ao objeto duradouro, por meio do qual se alcança uma expectativa. Segundo Bauman (2009, p. 17-19), vivemos numa sociedade líquida, marcada pela efemeridade e inconstância, onde os desejos exercem grande influência no comportamento do indivíduo até o momento da aquisição do bem desejado. Após isso, o próprio sistema encarrega-se de promover a ideia de quão imprestável é o “novo” produto recém-adquirido¹⁴³. Há uma necessidade sistêmica de produzir lixo.¹⁴⁴ Assim, a vida líquida é caracterizada por uma insatisfação duradoura do próprio indivíduo consigo mesmo.

143 “Conecte-se ao seu provedor de internet de manhã bem cedo e a principal notícia do dia vai lembrá-lo daquela verdade nua e crua: ‘Com vergonha do seu celular? Será que este é tão velho que você fica envergonhado ao atender uma chamada? Faça um *upgrade* para um aparelho do qual você possa se orgulhar.’ O lado negativo da ordem de ‘fazer um *upgrade*’ para um celular ‘*consumidoristicamente* correto’ é com certeza a exigência de não voltar a ser visto portando aquele para o qual você fez um *upgrade* da última vez.” (BAUMAN, 2009, p. 17) (destaques originais)

A vida dos indivíduos num ambiente tão contraditório nos remete analogicamente a viver o drama do homem freudiano, coagido pela cultura social, e tão bem retratado por Marcuse (1975, p. 33-34), quando constata o choque entre o princípio de prazer e o princípio da realidade. Pelo princípio de prazer, o homem é levado a realizar suas vontades, sem atenção às regras sociais, agindo por pura emoção. Em contrapartida, ao perceber que os seus mais variados anseios não podem ser realizados, em face de certos valores sociais predominantes, o homem recua diante do princípio de realidade. Então, abraça a razão e aprende a viver em sociedade. Na sociedade do consumo é mais ou menos assim. Os indivíduos são incentivados a consumir pela emoção, mesmo quando não há necessidade (princípio de prazer). Porém, nem todos podem consumir, alguns não consomem nem mesmo o básico (princípio de realidade).

É essa a questão. Aqui reside o chamado “ponto de virada” (BAUMAN, 2008, p. 164-166), onde o indivíduo, sem oportunidades de trabalho, sem vias de lazer ou perspectivas de abandonar o ócio depressivo, oriundo de uma família desestruturada, e sem qualquer espécie de apoio governamental, tem que decidir em ingressar ou não no mundo da criminalidade, obtendo o capital necessário para consumir os objetos de seu desejo, quando já não se antecipa e satisfaz suas necessidades de imediato através dos delitos patrimoniais. E assim vai abrindo-se um grande clarão entre os que desejam e podem concretizar os seus sonhos e aqueles que são tentados a consumir, porém, diante de impossibilidades econômicas, ficam apenas no desejo. O avanço da criminalidade, por consequência, passa a ser para Bauman não “um produto de disfunção ou negligência, mas um produto próprio da sociedade de consumo, legítimo em termos lógicos”.¹⁴⁵

144 Baudrillard (2011, p. 46) explica sobre essa questão que “A sociedade de consumo precisa dos seus objectos para existir e sente sobretudo necessidade de os destruir. O «uso» dos objectos conduz apenas ao seu *desgaste lento*. O valor criado reveste-se de maior intensidade no desperdício violento. Por tal motivo, a destruição permanece como a alternativa fundamental da produção: o consumo não passa de termo intermediário entre as duas. No consumo, existe a tendência profunda para se ultrapassar, para se transfigurar na destruição. Só assim adquire sentido.” (destaques originais)

145 Garland (2008, p. 204) constata que: “O *boom* do consumo na décadas do pós-guerra pôs em circulação uma massa de bens portáteis e de alto valor, que representavam novos e atrativos alvos de furto. O aumento exponencial do número de bens em circulação criou, por consequência, o correspondente aumento nas oportunidades para o crime.” (destaque original)

Por tudo até agora exposto, pode-se concluir que nossa abordagem tem respaldo numa releitura dos ensinamentos da escola de Chicago,¹⁴⁶ contextualizando-os perante a sociedade do risco. Com efeito, a ligação entre a impotência de consumir e a criminalidade perpassa por um viés sociológico, tal qual utilizado pela escola de Chicago.¹⁴⁷ Há, sem dúvidas, semelhanças entre a criminalidade no alvorecer da sociedade industrial (antes) e a criminalidade resultante da globalização e da revolução tecnológica geradora do risco (agora). Nesse sentido, a explicação de Shecaira (2012, p. 131) sobre o momento de formação da escola de Chicago, observando que o crescimento exagerado daquela cidade, “que se expande em círculos do centro para a periferia, cria grave problemas sociais, trabalhistas, familiares, morais e culturais que se traduzem em um fermento conflituoso, potencializador da criminalidade”, bem poderia ser utilizada para descrever os novos pólos de criminalidade como sendo o centro das grandes cidades.

Num comparativo atual, Bauman (2009, p. 94-96) também concorda que a explosão de crescimento vivenciada pela maioria das cidades no mundo inteiro tem contribuído para o aumento da criminalidade.¹⁴⁸ O autor nos traz dois exemplos. O primeiro é o caso de Ontário, onde houve uma perda de 35.000 postos de trabalho na zona rural, ante o progresso tecnológico, entre os anos de 1998 e 2002. O segundo é problema sentido na Namíbia, país de predominância agrária, na última década, quando houve uma perda significativa da população rural ao mesmo tempo em que a capital, Windhoek, duplicou, dando origem a novas favelas ao seu redor. As cidades, numa mudança histórica de sua função, deixaram de se tornar o local de segurança para os indivíduos, tornando-se foco de novos transtornos sociais, incluído aí a criminalidade.¹⁴⁹

146 “A escola de Chicago aparece estreitamente unida ao Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago. Foi ela criada em 1890 e admitiu seus primeiros alunos em 1892. É uma fundação batista que recebeu o apoio de John Rockefeller. Seu primeiro presidente foi William Rainey Harper, antigo professor da Universidade de Yale.” (SHECAIRA, 2012, p. 130)

147 Freitas (2002, p. 54) explica que “Uma característica importante do trabalho dos sociólogos de Chicago foi terem reunido dados estatísticos e qualitativos que evidenciavam que o crime era um *produto social* do urbanismo, o que representou um novo enfoque teórico, pois, até então, as causas da criminalidade eram explicadas por diferenças individuais, biológicas (positivismo biológico) e psicológicas (positivismo psicológico).” (destaques originais)

A visão do aumento da criminalidade pelas lentes do consumismo é uma necessidade atrelada às questões associadas à política criminal. Não estamos afirmando que a pobreza é o único fator de práticas delitivas. Estamos afirmando que a pobreza é um dos fatores que impulsionam o delito, sendo potencializada pela necessidade exagerada de consumo.¹⁵⁰ Desse modo, de nada resolve promover uma política criminal repressiva sem abrir os olhos para a questão social, a ser concretizada por intermédio da minimização da miséria e práticas inclusivas. Para Shecaira (2012, p. 165), a criminalidade deve ser combatida à luz dos problemas da cidade, com o aumento da oferta de empregos; com a remoção das crianças e adolescentes das ruas,

148 Na Itália, Ciappi (2002, p. 174-176) abordou o crescimento das cidades associado à falta de oportunidades de emprego como fator de aumento do crime organizado e das gangues juvenis entre os anos de 1989 e 1993, notando significativa predominância delitiva no sul daquele país. O autor mencionado, por meio de uma pesquisa vinculada ao Ministério da Justiça italiano e apresentada em 1998 na Feira Eurogang Workshop, em Schmiten, Alemanha, constatou que a inexistência de perspectivas presentes ou futuras de emprego, aliada ao alto número de imigrantes clandestinos, foram causas determinantes do avanço da criminalidade. De Giorgi (2006, p. 48) acrescenta que: “Um setor da criminologia marxista americana avança a hipótese de que o aumento paralelo do desemprego e do encarceramento constitui o momento inicial de um processo de redefinição conjunta da relação entre economia e sistema repressivo. Delineia-se, assim, uma resposta aos problemas que se colocavam antes. A solução consistirá em assumir o desemprego como parâmetro da condição econômica e o encarceramento como medida da severidade do sistema penal.”

149 Nas palavras de Bauman (2009, p. 96), “De um lugar relativamente seguro, contudo, a cidade passou a ser relacionada, principalmente nos últimos cem anos mais ou menos, mais ao perigo do que a segurança. Hoje em dia, numa curiosa inversão do seu papel histórico e em desafio às intenções e expectativas originais, nossas cidades estão rapidamente se transformando de refúgio dos perigos na principal fonte deles.”

150 “A pobreza urbana acaba por criar guetos e fazer com que a criminalidade fique mais pronunciada.” (SHECAIRA, 2012, p. 139) Dentro de uma retrospectiva histórica, Melossi e Pavarini (2006, p. 68) endossam tal assertiva, quando comentam o período efervescente da Revolução Industrial na Inglaterra: “As principais características das casas de trabalho, impostas pela nova *Poor Law* de 1834, são também comuns à evolução carcerária deste período. Com o crescente pauperismo da era da Revolução Industrial, crescem igualmente o delito e a religião. O grito ‘pão e sangue’ serpenteia pelos distritos industriais ingleses em 1810. O espectro jacobino tira o sono não apenas da aristocracia continental, mas também da burguesia inglesa. Entretanto, nesse primeiro período é a reação individual do delito e da violência a única arma com as quais as massas empobrecidas conseguem exprimir sua oposição.”

encaminhando-os para atividades escolares; e, ainda, por intermédio da estruturação das favelas.¹⁵¹

A atuação do Estado nessa questão, por evidente, é fundamental. Se vivemos numa sociedade de consumo, cabe ao Estado atuar nesse sentido, viabilizando a materialização do consumo necessário ao pleno exercício de uma vida com dignidade. Não estamos falando do consumismo, por meio do qual, como já visto, compra-se e descarta-se em demasia. Assim, segundo Bauman (2008, p. 181), o objetivo do Estado social “é proteger a sociedade da multiplicação das fileiras de ‘vítimas colaterais’ do consumismo: os excluídos, os proscritos, a subclasse. Sua tarefa é evitar a erosão da solidariedade humana e o desaparecimento dos sentimentos de responsabilidade ética.” E quando o Estado não protege a sociedade dos “excluídos”, dos “proscritos” e da “subclasse”, presenciamos o surgimento de um medo generalizado, provocando a expansão do direito penal, ora guerreada.

4. O medo potencializado pela fluidez comunicativa

Além da necessidade da atividade de consumo para sua existência, que pode ser um dos fatores a desencadear o aumento da criminalidade, a sociedade pós-industrial demonstra outra característica significativa, qual seja, a capacidade de interação quase que em tempo real. Com efeito, a comunicação instantânea, como consequência da globalização, é um dos elementos que impulsionam o consumo, exercendo o importante papel de incutir nos mercados a ideia de algo que é novo num dado momento e, não muito tempo depois, já é deixado de lado pela aparição de um novo produto, sem diferenças substanciais. Desse modo, a volatilidade dos produtos e serviços é potencializada através da publicidade comunicativa. O ciclo de consumo, então, depende da maneira pela qual o consumidor vai ser influenciado pela mídia, numa relação direta e proporcional entre o aumento das vendas e o poder de convencimento das agências comunicativas.

151 Rusche e Kirchheimer (2004, p. 282) indicam que: “O sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha de suas aspirações e seus defeitos. A taxa de criminalidade pode de fato ser influenciada somente se a sociedade está numa posição de oferecer aos seus membros um certo grau de segurança e de garantir um nível de vida razoável.”

Outrossim, no intuito de garantir um mercado de consumo sempre em expansão, há a necessidade de promover e buscar a tão sonhada segurança a qualquer custo. O indivíduo que faz parte da sociedade de consumo e direciona seu capital para comprar bens e produtos mesmo que desnecessários, deseja ter a garantia, ao menos aparente, de tranquilidade necessária para gozar perfeitamente da sua mais nova aquisição. Disso resulta a exigência capitalista, cada vez maior, de popularizar o imperativo por segurança, eis que um mercado de consumo incapaz de garantir a fruição dos bens e serviços por ele oferecidos estaria fadado ao insucesso. A segurança passa, a partir daí, a ser encarada como um elemento primordial para a própria manutenção do sistema econômico que sustenta a sociedade pós-industrial.

Nesse contexto e sem grandes esforços, vislumbramos a estreita e perigosa relação formada entre os setores de comunicação e a imperatividade por segurança. Isto porque, ninguém há de negar, é muito forte o poder da mídia enquanto formadora de opinião. Tal fato é notório. Por sua vez, tendo em mente que um dos papéis das agências comunicativas no sistema capitalista é fomentar o consumo, atrelando-o a um ambiente seguro, a consequência quase que inarredável é que os setores comunicativos trabalham amiúde na expectativa de incutir na opinião pública a necessidade do uso exacerbado do direito penal, procurando legitimar a criação de novos delitos, o aumento das penas, a restrição de garantias formais e materiais¹⁵² e o abuso da pena de prisão por intermédio da aceitação popular.¹⁵³

E essa atividade de (des)legitimação do sistema penal pela mídia não é novidade. Batista (2014, p. 1-2) nos recorda que a imprensa do século XVIII, embora temente aos possíveis gravames e a toda carga de restrições provenientes do Antigo

152 Tratando do direito penal de emergência, estruturado no emocionalismo e em escolhas políticas inadequadas, uma vez que acentuadamente autoritárias, demagógicas e expansivas, Sica (2002, p. 82) correlaciona eficiência e garantia na sociedade pós-industrial para concluir que ambas tornaram-se aparentemente propósitos antagônicos.

153 Zaffaroni (2010, p. 127-128) explica que “Os meios de comunicação social de massa – especialmente a televisão – são hoje elementos indispensáveis para o exercício de poder de todo o sistema penal. Sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores; não seria, assim, possível induzir os medos no sentido desejado, nem reproduzir os fatos conflitivos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura, ou seja, no momento em que favoráveis ao poder das agências do sistema penal.”

Regime, exerceu uma importante função no florescimento de um novo direito penal. Com efeito, alinhada ao pensamento iluminista, abraçando as ideias filosóficas e jurídicas daquele momento histórico, a imprensa contribui positivamente para o surgimento do direito penal clássico, preconizando a redução do poder punitivo oriundo do absolutismo, além de pregar a abolição das penas corporais cruéis e degradantes, imprimindo mais racionalidade ao direito penal. E o grande exemplo dessa contribuição da imprensa foi justamente a confecção e divulgação da primeira edição de *Dei delitti e delle pene*, veiculado inicialmente como um panfleto apócrifo.

É gritante a diferença de atuação da imprensa do período antes noticiado e dos meios comunicativos em geral atuantes hoje na nossa sociedade. Por certo, a mídia atual encampou a crença criminológica da pena como única solução dos conflitos ligados à segurança pública. Já não mais se questiona a racionalidade e a efetividade do sistema penal. Não importa se a pena vem cumprindo sua missão de prevenção e reinserção social do apenado. Não há qualquer preocupação se a clientela do sistema penitenciário é formada em sua esmagadora maioria por aqueles que não ostentam o status de consumidor, ou seja, aqueles que são marginalizados pelo próprio sistema capitalista. A ordem do dia, impulsionada pela imprensa, há muito tempo, prega por mais penas para quem não consome. Penas antecipadas, penas sem bem jurídico determinado, pena sem lesividade, penas, por isso, ilegítimas e irracionais.

Como visto, a imprensa iluminista alardeava a redução e a racionalização do direito penal, enquanto a imprensa da sociedade pós-industrial caminha em sentido oposto, patrocinando a expansão do direito penal, sem preocupação alguma com critérios de racionalidade. Nesse quadrante, a vinculação entre mídia e sistema penal deve ser encarada, grosso modo, como um desserviço aos ditames constitucionais. Batista (2014, p. 4-6) adverte para aquilo que chama de “dogma da criminalidade provedora”, ressaltando o uso por demais exagerado do direito penal, que vem se tornando um instrumento ilegítimo incorporado à administração dos governos pautados no neoliberalismo, sem qualquer espécie de crítica humanitária dos meios de comunicação. E, visando reforçar a total inclinação da mídia pela utilização descontrolada do direito penal, o autor referido chega a questionar se alguém recordaria a última vez que a promulgação de uma lei criminalizante, por mais ineficaz e inconstitucional que fosse, recebeu críticas da imprensa.

E, assim, a sociedade de risco vai sendo influenciada pelos meios de comunicação, vivendo nutrida por um sentimento global de insegurança. Contudo, o

surgimento da insegurança, para ser útil ao desencadeamento de práticas penais expansivas, necessita trazer consigo a sensação de medo coletivo,¹⁵⁴ no intuito de produzir conseqüências reais. E, nesse ponto, a imprensa vem laborando, infelizmente, de forma assaz produtiva, eis que tem potencializado de forma massacrante toda e qualquer notícia sobre delitos que causem impactos no ambiente social, deixando transparecer que determinada conduta criminosa, embora apresente estatística diminuta, é algo corriqueiro e bem próximo de acontecer com qualquer um dos componentes da vida social.¹⁵⁵

E não é só isso. A mídia comunicativa de massa, além de promover a falsa generalização de casos excepcionais, ainda tem a capacidade de divulgar um quadro de estatísticas com aptidão de desenhar uma falsa realidade sobre o aumento incontrolável da criminalidade, hábil o bastante para conduzir a sociedade a um estado impensado de pânico, clamando por mais direito penal.¹⁵⁶ O medo é ainda alimentado em programas de grande audiência e alcance social, nos quais a maneira de apresentação guarda traços de similitude, a saber: demonstração de imagens e fotografias do evento delitivo;

154 Trazendo uma abordagem histórica do medo, porém com aplicação atual, Sica (2002, p. 80) expõe que “independentemente dos meios de comunicação modernos, a história é marcada pela onipresença do medo. O homem temeu e foi atemorizado pelo mar, pelos impostos tirânicos, pelos lobos, pela feitiçaria, pelos eclipses e pelas estrelas, pelo Diabo e por Deus... Os éditos e a encenação dos autos da fé do período da Inquisição na Europa são exemplos marcantes da difusão e utilização do medo ‘para controlar as massas’ e justificar um poder autoritário e ilegítimo.”

155 Wermuth (2011, p. 49-50) assevera que “O caso Isabela Nardoni, no Brasil, bem ilustra a forma como a mídia de massa nacional explora o crime e a criminalidade: o caso isolado de uma menina que foi assassinada violentamente passou a ser visto como uma forma de criminalidade bastante freqüente no País e, mesmo contrariando a realidade objetiva – visto que casos semelhantes são bastante raros no país –, serviu como ‘espetáculo’ midiático por mais de dois meses consecutivos, espetáculo esse marcado pelas pressões populares por justiça – leia-se *vingança* – contra o pai e a madrasta da menina, acusados pela prática do crime.” (destaque original)

156 Sica (2002, p. 77-78) fornece o exemplo da Alemanha de 1992, quando se propagava amplamente naquele país “o alarma contra a ‘escalada de violência’: a cada três minutos se [registrava] um crime violento, que chegaram a 150.000 casos em 1992. Assustador! Pois bem, considerando-se esse dado e calculando-se o número de minutos por ano e de habitantes no país, chega-se ao resultado de que o risco anual de um cidadão sofrer um crime violento é de 0,1875%. Em outras palavras, uma pessoa teria que alcançar os 533 anos de idade para sofrer o primeiro crime. Mesmo considerando a cifra negra, esse risco sobe para 0,5625%.”

depoimentos do acusado, vítima e testemunhas, com o apresentador a todo o momento exigindo a rígida aplicação do direito penal e postulando a exasperação da reprimenda no âmbito legislativo; e, por fim, a figura do “especialista”,¹⁵⁷ indivíduo denominado por Batista (2014, p. 9) como aquela pessoa que terá a missão de complementar a notícia, sem olvidar a “regra de ouro” existente em tais programas, consistente no encontro de opinião firmado tacitamente entre o especialista e o discurso criminológico da mídia, excluindo-se da publicação tudo que for contrário ao uso do direito penal.

O medo, então, vai produzir efeitos significativos, influenciando a expansão do direito penal da sociedade de risco.¹⁵⁸ Wermuth (2011, p. 32-33) acena para três importantes efeitos. O primeiro efeito produzido pelo medo reside na difusão do sentimento de solidariedade às vítimas. Com efeito, o medo de ser alvo de um fato criminoso futuro impulsiona os indivíduos a vislumbrarem o direito penal como um aparelho de proteção das vítimas. Disso resulta um perigoso desvirtuamento da verdadeira função do direito penal, consistente na restrição do poder punitivo estatal. Isso porque, mirando proteger as vítimas, a sociedade tende a ficar menos tolerante aos riscos e, na ânsia por mais segurança, aceita o trato expansivo do direito penal, inclusive viabilizando o surgimento de um direito penal específico para cada parcela de vítimas em potencial da população.¹⁵⁹

157 Os especialistas, conforme Batista (2014, p. 9), seriam os indivíduos “Credenciados pelo exercício profissional ou acadêmico, pela ocupação de um cargo público ou mesmo por um episódio da vida privada (Associação de Vítimas, etc.).”

158 Ataíde (2010, p. 225) comenta o caso brasileiro, afirmando que “o retorno à democracia não superou a sensação de temor. A bem dizer, o medo se alastra no país desde a década de 70, dado que ninguém mais – abastado ou pobre – está imune às consequências da violência. Violência, medo e controle social compõem o permanente estado de perigo, a gerar uma política pública predisposta a criminalizar, encarcerar e penalizar, mesmo que em sentido oposto às garantias do Estado constitucional de Direito.”

159 Sánchez (2011, p. 80-83) menciona o surgimento de uma nova classe resultante da mudança de posição de fatia significativa da criminologia de esquerda, outrora defensora do uso moderado ou mesmo abolição do direito penal. Trata-se dos “gestores atípicos da moral” (*atypische Moralunternehmer*), formados por grupos que deflagram a bandeira da expansão penal em prol dos seus interesses (ecologistas, feministas, consumidores, pacifistas etc.). Segundo citado autor, “A reviravolta tem sido tamanha que aqueles que outrora repudiavam o Direito Penal como braço armado das classes poderosas contra as ‘subalternas’ agora clamam precisamente por mais Direito Penal contra as classes poderosas.”

Um segundo efeito, consequência do primeiro, é o aparecimento de leis penais preventivas. O legislador antecipa a tutela penal, laborando em conformidade com a ideia de risco projetada para o futuro, atuando como um verdadeiro gestor dos comportamentos sociais. Bem por isso, a doutrina fala que o direito penal vem sofrendo um processo contínuo de administrativização, com acentuada utilização dos crimes de perigo abstratos e delitos cumulativos, deixando evidente toda sua carga preventiva, com o nítido propósito de modular as ações sociais. Daí, “há uma revitalização da ideia do Direito Penal enquanto força conformadora dos costumes, ou seja, passa-se a ver no Direito Penal um mecanismo de orientação social de comportamentos” (WERMUTH, 2011, p. 34). O problema é que tudo isso é feito com o sacrifício de garantias penais e processuais penais.

O terceiro efeito resultante do medo generalizado e da reivindicação imediata por segurança é deveras nefasto. Trata-se da politização do direito penal, materializada pelo uso político da ideia de segurança. Dessa forma, deixa-se de lado a construção de uma política criminal adequada, estribada na técnica jurídica, para atender aos clamores midiáticos e populistas, sem efeitos práticos positivos, haja vista destoar da proposta constitucional brasileira emancipatória do homem (WERMUTH, 2011, p. 33). Esse modelo de direito penal regido pela mídia é dominado por Zaffaroni (2006, p. 67) como o “autoritarismo cool”, ou seja, concorda-se com um direito penal despido de técnica jurídica e resultante da opinião de uma massa de indivíduos construída a partir dos meios de comunicação apenas para não ser estigmatizado e ficar fora da moda. Como consequência indesejada, os políticos, atentos às crescentes demandas populares, são compelidos a produzir mais direito penal, concretizando o chamado simbolismo penal,¹⁶⁰ estudado a seguir.

5. A constituição simbólica e a legislação penal álibi como elementos da sociedade de risco

A soma de algum dos fatores até aqui mencionados, tais como o avanço da sociedade pós-industrial e toda sua carga correlata de novos riscos; a propagação desenfreada da necessidade de consumir; a sensação ilusória de aumento

160 Sica (2002, p. 77) adverte que “O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.”

desproporcional da violência, trazendo a reboque o medo generalizado; e a busca popular por segurança através do direito penal e com o apoio da mídia tem proporcionado coquetéis indigestos para o encontro da racionalidade na legislação penal. Imperioso denotar que a procura frenética por soluções para conjunturas fáticas antes nunca vistas “– típicas do paradigma da sociedade de risco – parece esquecer a diferenciação entre as bases construtoras da ciência e da ‘opinião publica’, deixando que esta adentre como fator preponderante de valoração dos casos” (NETTO, 2006, p. 84). Essa é porta para o simbolismo, o qual pode brotar da própria Constituição e irradiar-se para o direito penal. Observemos o caso brasileiro.

A nossa Constituição Federal é classificada, no que toca à sua extensão, como uma constituição dirigente, por meio da qual o legislador constituinte originário traçou finalidades e programas de ação para o futuro, a depender, no mais das vezes, da atividade legiferante ordinária para sua realização fática. Por sua vez, resta evidente, partindo de tal premissa, que o referenciado dirigismo melhor se adapta ao denominado Estado de bem-estar social¹⁶¹, através do qual a implementação de políticas públicas se delineia como objetivo primordial. Entretanto, as finalidades e os programas de ação não vêm se concretizando a contento em nosso país. A tentativa de transformar o Brasil num típico Estado de bem-estar social frustra-se a cada dia por meio de políticas assistencialistas, as quais mais parecem querer fazer as vezes de paliativo para aqueles que vivem em situação de pobreza, sem nenhuma intenção de materializar efetiva inclusão social. Na contramão do texto constitucional, não se vislumbra a vontade de universalizar os direitos sociais plasmados na *Lex Legum*, oportunizando uma sonhada igualdade material, mormente quando o assunto tem fincas no Direito Penal.

Daí, então, podemos perceber uma dicotomia existente entre as palavras embutidas no âmago constitucional e sua concretização jurídica no mundo real, dando ensanchas ao surgimento do fenômeno da constitucionalização simbólica, traço característico dos ordenamentos jurídicos dos países periféricos. Com efeito, Neves (2011, p. 31) relata que “quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica”. Canotilho (2003, p. 1352) também entende que a teoria da constituição

161 Também conhecido como Estado social ou Estado-providência.

enfrenta problemas de simbolização. O constitucionalista português fundamenta seu pensamento na abordagem feita pela sociologia crítica e pela teoria sistêmica.¹⁶²

A constituição simbólica não teria, portanto, normatividade jurídica plena, sendo caracterizada por uma redução significativa de sua aplicabilidade em benefício alargado de uma atuação político-simbólica. Nesse contexto, Neves (2011, p. 33) assevera a existência de três modalidades de conteúdo da legislação simbólica, quais sejam: a) confirmar valores sociais; b) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios e c) demonstrar a capacidade de ação do Estado – “legislação álibi”. Esta última modalidade de legislação interessa ao nosso estudo, pois resulta em prejuízo da liberdade humana por meio de indevida transgressão às garantias constitucionais, sendo parte integrante do processo de expansão penal ora combatido neste trabalho.

Infelizmente, a legislação álibi vem sendo utilizada amiúde pelo Estado como panacéia para os males sociais, com a nítida e falsa intenção de demonstrar a preocupação do legislador, proporcionando resultados político-eleitorais a curto prazo, geralmente atendendo aos anseios dos meios de comunicação de massa. Não há nenhuma perspectiva de promover uma política criminal emancipatória, fincada em bases racionais sólidas, mas tão-somente busca-se atender aos clamores sociais (populismo penal) com mais legislação penal.¹⁶³ Tal conduta, entretanto, mostra-se mais

162 “A sociologia crítica insiste na simbolização da constituição enfatizando que suas normas não logram obter uma real eficácia (eficácia declarativa). Em muitos casos, há uma clara dissociação entre a prática de dizer e a prática de fazer o direito. Em relação à constituição, existiria inclusive uma relação inversamente proporcional entre a natureza ideológica das normas e da sua eficácia, entre a prática criativa e prática do aplicador do direito constitucional. De uma perspectiva semelhante, mas com base em pressupostos teóricos sistêmicos, a constitucionalização simbólica em grande parte significa que ‘o texto constitucional não corresponde às expectativas generalizadas e, portanto, supostas pelo consenso da respectiva sociedade’. A partir desta perspectiva, a Constituição não se desenvolveria como instância reflexiva do sistema jurídico” (CANOTILHO, 2003, p. 1352). Há menção, ainda, à corrente da arqueologia mítico-retórica.

163 Para Monte (2008, p. 3, tradução livre), “Na verdade, o objetivo subjacente da legislação simbólica é mesmo atrair o consentimento do cidadão em favor do Estado, validando entre eles a ilusão de segurança, capacidade e eficiência. No original: *Invero, l'obiettivo di fondo della legislazione simbolica, è proprio quello di attirare il consenso dei cittadini verso lo Stato, avvalorando fra gli stessi l'illusione di sicurezza, capacità ed efficienza*. Em idêntica direção, Neves (2011, p. 38) evidencia que “Também em relação a escalada da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora,

preocupante quando aludida espécie de legislação versa sobre matéria criadora de novos delitos. Isto porque estará em jogo a liberdade do cidadão, a qual poderá ser restringida de forma ilegítima, por meio de um indesejado e estéril direito penal simbólico,¹⁶⁴ fruto do “autoritarismo *cool*” detectado por Zaffaroni.

Retratando a perda de legitimidade do sistema penal também pelo uso da legislação álibi, o próprio Zaffaroni (2010, p. 129) denuncia um outro papel desempenhado pelos meios de comunicação, os quais seriam responsáveis por patrocinar o medo na concretização de práticas simbólicas, além de erigir uma miragem de eficácia do aparelho penal, fomentando, por exemplo, as desproporcionais campanhas de “lei e ordem”, apoiando-as em pilares de areia, tais como: a) invenção da realidade (criação de fatos inexistentes e estatística criminal “maquiada”); b) profecias que se auto-realizam (mensagens subliminares direcionadas ao público, por exemplo: os menores podem fazer tudo, a ausência de punição é geral etc.); c) produção de indignação moral (aceitação dos grupos de extermínio e “justiceiros”). Nessa mesma trilha intelectual, percorre a doutrina de Bianchini (2002, p. 124):

O que importa, para a função simbólica, é manter um nível de tranquilidade na opinião pública, fundado na impressão de que o legislador se encontra em sintonia com as preocupações que emanam da sociedade. Criam-se, assim, novos tipos penais, incrementam-se penas, restringem-se direitos sem que, substancialmente, tais opções representem perspectivas de mudanças do quadro que determinou a alteração (ou criação) legislativa. Produz-se a ilusão de que algo foi feito.

Cria-se, como visto, a falsa percepção por meio da qual o Direito Penal, quando utilizado no atacado, passa a ser um potente instrumento contra o crescimento das práticas delitivas.¹⁶⁵ Prova disso, por exemplo, é que em nosso país tramitam

mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.”

164 Ripollés (2005, p. 79) conceitua a legislação simbólica como um “instrumento que se vale da lei penal para tentativas de transformação ou manipulação social, ainda que a custa de ignorar princípios básicos do direito penal.”

165 Corretas, portanto, as palavras de Rusche e Kirchheimer (2004, p. 282), ao pontuarem que: “A futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita. Ela possibilita a ilusão de segurança encobrendo os sintomas da doença social com um sistema legal e julgamentos de valor moral.”

propostas de emenda constitucional com o intuito de promover a redução da menoridade penal.¹⁶⁶ Sem adentrar no mérito de ser ou não inconstitucional dita proposta, ante a natureza de cláusula pétrea nela versada, não temos dúvidas de que a intenção em testilha mostrar-se-á como mais um típico exemplo de legislação álibi, caso infelizmente atenda ao temerário e emotivo populismo penal. É preciso que a atividade legislativa criminalizadora seja cientificada de que de nada adiantará ampliar a imputabilidade, bem como criar novos delitos sem que haja efetiva fiscalização pelo executivo. Além do mais, a expansão das leis penais surgidas como resposta imediata¹⁶⁷ ao medo coletivo é, em regra, despida de técnica jurídica, sendo o caminho mais curto para concretização da legislação álibi e do simbolismo penal.

Netto (2006, p. 154) faz importante ponderação, lembrando que o direito penal simbólico é o resultado da incompatibilidade entre as estruturas clássicas da dogmática jurídico-penal e a tentativa de regulamentação das novas formas de relações sociais oriundas da sociedade de risco. Com efeito, pelas causas já apontadas linhas atrás, o legislador é impelido a produzir mais delitos em prol da segurança. Nesse passo, sua atividade produz apenas o efeito ilusório de que houve um fortalecimento social pelo direito penal, o qual (efeito ilusório) só vai ser notado e desfeito pelo caráter simbólico da norma, um mero álibi que não cumprirá a função que lhe fora outorgada na origem.

166 Por exemplo, versando sobre a redução aludida, temos a PEC 171/93, cuja autoria autoria é de Benedito Domingos. Dita proposta pretende alterar o art. 228 da Constituição Federal, reduzindo para 16 anos a imputabilidade penal. Sobre o tema em apreço, Sposato (2013, p. 222) denuncia que: “O paradigma adotado na legislação nacional especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no bojo de um inegável processo de constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente, põe em evidência o tratamento constitucional conferido aos adolescentes. Por isso, perverter a racionalidade e a principiologia constitucional, através dos intentos em modificar o sistema, admitindo-se que maiores de 16 (dezesseis) anos, ou abaixo disso, recebam as mesmas penas cominadas aos adultos, consistiria em retrocesso jurídico, além de afronta às garantias constitucionais, já asseguradas no Estado Democrático de Direito.”

167 A propósito, Baratta (1987, p. 8) elenca o princípio da resposta não contingente como um dos princípios de limitação funcional intrassistemático da mínima intervenção penal. Segundo o citado autor, “A lei penal é um ato solene de resposta aos problemas sociais fundamentais que se apresentam como gerais e duradouros em uma sociedade. O procedimento que conduz a essa resposta deve compreender um exaustivo debate parlamentar e deve estar acompanhado de uma profunda análise no âmbito dos partidos políticos e de uma ampla discussão pública.”

Mas até que se perceba o equívoco, o direito penal já perdeu parcela de sua credibilidade social, ocasionando prejuízos de toda ordem.

O simbolismo desgasta a credibilidade penal por vários motivos. Analisemos três deles. O surgimento contínuo de leis penais causa uma confusão até mesmo entre os operadores do direito, criando dificuldades em apontar qual norma incriminadora se aplica ao caso concreto. A atividade atabalhoada do legislador não tem o cuidado de revogar as normas que regulam matérias semelhantes, criando um ambiente de insegurança. Outro ponto que promove o descrédito aludido é o simbolismo da pena, incluindo a pena de prisão. Detecta-se que determinada conduta deve ser criminalizada, haja vista a necessidade de proteção de certo bem jurídico, digno de tutela penal, impondo uma pena restritiva da liberdade. Contudo, a pena em questão jamais será executada nos moldes antevistos abstratamente. Pior: a pena executada não será nem aquela aplicada pelo juiz. Por fim, o simbolismo é incompatível com uma política criminal de resultados. Segundo Ataíde (2010, p. 216-217), “Não é difícil depreender que a inflação legislativa arruína a ideia de uma política criminal como uma resposta estatal minimamente homogênea ao fenômeno crime.”

Discorrendo sobre o direito penal ambiental, Hassemer (2007, p. 226-227) identifica toda sua carga simbólica, afirmando que aquela especialidade do direito penal estaria propícia a trazer mais prejuízos que benefícios tanto para o meio ambiente quanto para o direito penal. Explica o mencionado autor que a proteção penal do meio ambiente, dada a sua alta carga simbólica, proporcionaria apenas um ganho político, mas seria ruim para o objeto protegido. Isso porque os *experts* responsáveis pela construção de uma política ambiental efetiva e realizável no amparo dos bens jurídicos ambientais, sempre em prol do bem comum, estariam desonerados, antecipadamente, da busca por novas e mais adequadas soluções para os problemas ambientais, ante o uso do direito penal como *prima ratio* ou até mesmo *sola ratio*, desprestigiando o princípio da subsidiariedade

Porém, segundo Netto (2006, p. 155), toda construção legislativa envolvendo matéria criminal traria necessariamente consigo certo grau de simbolismo.¹⁶⁸ E

168 No mesmo sentido, Ataíde (2010, p. 213) constata que além do “déficit de eficácia que possuem as leis em geral, a lei penal ainda possui uma expressão simbólica inarredável. Todo crime contém um caráter emblemático imanente; traz consigo esta função mística, que nos orienta ou nos ajuda no processo de dispersão do medo. É mesmo uma obviedade dizer que as leis penais possuem um caráter simbólico indubitável.”

prossegue afirmando que não haveria diferença qualitativa no caráter simbólico das normas penais. Na verdade, o que resguardaria a higidez das normas penais seria a quantidade de simbolismo nela impregnado. Eis aí uma difícil tarefa para o juiz, qual seja, aferir a quantidade de simbolismo de cada tipo penal capaz de fulminar a sua aplicação por ilegitimidade. Ousamos, então, indicar alguns elementos objetivos indiciários do simbolismo penal e da legislação álibi: i) dificuldade em saber qual é o bem jurídico tutelado; ii) criação de delitos para atender determinado segmento da sociedade; iii) utilização do direito penal como *prima ratio* ou *sola ratio*; iv) surgimento como resultado de um momento de grande comoção pública. Esses, aos nossos olhos, seriam os principais e mais relevantes traços característicos do simbolismo na sociedade de risco.

E o grande mecanismo de repúdio ao simbolismo é reconhecer a força normativa da Constituição Federal. Aceitar o texto constitucional como uma mera peça decorativa é materializar o simbolismo. A ausência da prática do texto Magno pelo próprio Estado, por qualquer dos seus Poderes, termina por vilipendiar a dignidade da pessoa humana, fundamento republicano, haja vista que o toque do Direito Penal no cidadão traz-lhe seqüelas indeléveis. Por certo, na medida em que há “outros meios com inferior carga de onerosidade capazes de resolver a questão que se apresenta, o recurso ao direito penal resultará em ato atentatório à dignidade da pessoa, pois o Estado não está autorizado a causar mal desnecessário aos jurisdicionados” (BIANCHINI, 2002, p. 19).

Nessa vertente, a rejeição às legislações álibis deve ser levada a efeito sempre que possível,¹⁶⁹ retendo a expansão penal ilegítima, sob pena de se maquiar uma realidade inexistente, trazendo prejuízos aos cidadãos, uma vez carentes de solução legislativa para os males sociais que os afligem, e ao próprio Direito Penal, o qual termina por cair em descrédito, por falhar repetidamente na sua meta de proteger os bens jurídicos. Para tanto, o reconhecimento e a implementação fática do garantismo

169 Nunca é demais a lembrança da Constituição alemã de Wimar, de 11 de agosto de 1919, oriunda do Tratado de Versailles e considerada um marco do constitucionalismo social, haja vista o seu vasto rol de direitos fundamentais. Dita Carta nunca teve implementação fática, ante sua vigência num período de pós-guerra, onde as condições eram economicamente precárias. Tornou-se, assim, histórico exemplo do simbolismo constitucional, desencadeando o ódio no povo alemão e sendo um dos fatores para o surgimento do regime nazista.

pela mão do poder complementar dos juízes, potencializado nesse novo cenário neoconstitucional, é um caminho a ser trilhado.

É chegado o momento de se expurgar os simbolismos constitucionais espúrios e buscar a verdadeira força normativa da Carta constitucional, fazendo valer na prática toda sua carga axiológica em prol dos jurisdicionados tão sedentos pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Bem por isso, resta inaceitável a dilatação inconstitucional e, portanto, ilegítima do direito penal, fruto da inobservância pelo legislador de princípios constitucionais basilares e tão importantes ao movimento de minimização ora preconizado. Outrossim, a utilização do direito penal tal qual é utilizado o direito administrativo, sem exigência de lesividade, atuando de maneira antecipada, até por meio de uma culpabilidade cumulativa, é um sério problema potencializado pela sociedade de risco, consoante veremos a seguir, ainda sem solução e que não pode caminhar na direção atual, haja vista não encontrar amparo na nossa atual Constituição.

6. A administrativização do direito penal brasileiro: antecipação da tutela penal e crimes de perigo abstrato. A inusitada figura dos delitos cumulativos. Soluções propostas por Hassemer e Sánchez

O objetivo do nosso trabalho é reunir as premissas até aqui já levantadas de molde a fornecer um norte de segurança e legitimidade ao órgão julgador na sua árdua tarefa de resguardar a essência constitucional, contextualizando-a no âmbito de efervescência social antes retratado. Dita missão, no caso em liça, traduz-se, grosso modo, em viabilizar a utilização racional do direito penal diante das transformações evolutivas da sociedade já delineadas, proporcionando segurança jurídica sem materialização de vivências inconstitucionais. Mais especificamente: o intuito é concatenar a supremacia da Constituição no ambiente do risco, encontrando uma teoria constitucional do delito que atenda ao seu objetivo de proteger bens jurídicos, respeitando sempre as garantias e os direitos fundamentais, por meio de uma dogmática lógica.

Para tanto, um primeiro ponto se mostra vital e consiste simplesmente em saber que o problema existe. E o problema, em poucas palavras, pode ser resumido da seguinte maneira: o direito penal clássico não possui em si estrutura dogmática para cumprir o seu objetivo precípua, consistente na proteção de bens jurídicos, e, por isso,

vem utilizando a lógica gerencial do direito administrativo para demonstrar eficiência diante dos novos delitos produzidos pela sociedade de risco.¹⁷⁰ Por conseguinte, o legislador penal vem amiúde subvertendo imposições constitucionais, transformando regra em exceção, haja vista a grande quantidade de condutas normatizadas como crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos. Nessa toada, o direito penal, *ultima ratio*, vai caminhando ao posto de *prima ratio* do Estado, na proporção direta em que a ineficiência estatal contribui para a administrativização desse mesmo direito penal.¹⁷¹

Partindo de uma perspectiva histórica, veremos que o fenômeno em tela teve sua origem a partir do momento em que o Estado de Polícia iluminista recebeu os influxos normativos decorrentes da Revolução Francesa. Com efeito, antes do mencionado evento histórico, a atuação estatal não era limitada ou regulada por ordenamento jurídico nenhum. Tal fato mudou com o nascimento do Estado de Direito, pautado na legalidade. O direito penal seguiu na proteção de bens jurídicos individuais, calcado na tradição jusnaturalista. Por sua vez, o direito administrativo ocupou-se da organização do Estado, buscando proteger antecipadamente direitos dos cidadãos e do próprio Estado. Aqui se notou, pela primeira vez, a ligação entre o direito penal e o direito administrativo, consistente na imposição de sanções decorrentes de condutas ilícitas (DIAS, 2001, p. 138).¹⁷²

Essa atividade administrativa de proteção passou a necessitar de um ordenamento próprio, desencadeando a figura da contravenção penal, categoria gestada pelo código penal napoleônico. Entretanto, o desenvolvimento social começou a exigir,

170 Sánchez (2011, p. 176) ratifica tal assertiva, pontuando que “o Direito Penal, além da imputação de culpabilidade pelo fato cometido, parece corresponder, em medida determinante, à gestão administrativa do delito como risco social.”

171 A confusão entre o direito penal e o direito administrativo vem sendo assimilada pelos cidadãos. Um bom exemplo disso ocorreu em Itabaiana/SE, quando o atraso do salário dos professores motivou a classe a registrar um boletim de ocorrência junto à Delegacia local. Disponível em: <http://cajunews.com.br/a-prefeitura-se-apropria-desse-dinheiro-que-a-gente-nao-sabe-pra-onde-vai-denuncia-professora-apos-prestar-queixa-policia-contra-prefeitura-de-itabaiana/>. Acesso em 07.11.14.

172 Segundo Dias (2001, p. 138): “Esta ligação assumiu, no caso português, uma peculiaridade digna de menção: a de o ensino universitário do direito administrativo ter sido desde 1843 ‘anexado’ ao ensino do direito criminal, com Basílio Alberto de Souza Pinto, um penalista, como professor, só a partir de 1853 se tornado objecto de uma cadeira autónoma.”

cada vez mais, a atuação interventiva do Estado, fazendo diminuir os laços entre o direito penal e o direito administrativo, ante a necessidade de se fazer valer as diretrizes estatais. Tal fato agravou-se sobremaneira após a Primeira Grande Guerra e veio intensificando-se paulatinamente. Foi nesse cenário em que o legislador, no desempenho do seu ofício, “foi-se deixando seduzir, um pouco por toda parte, pela ideia, perniciosa mas difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais, ao serviço dos mais diversos fins da política social” (DIAS, 2001, p. 139-140), potencializando-se dito comportamento por conta dos novos problemas decorrentes da sociedade do risco.

Essa fusão entre o direito penal e o direito administrativo é denominada por Sanches (2011, p. 145) de “administrativização do direito penal”,¹⁷³ sendo identificada pela larga utilização dos crimes de perigo abstrato, pelos delitos cumulativos e pelo protagonismo da sanção criminal na proteção de bens jurídicos sem dignidade penal. Tudo isso, como veremos, traz na retaguarda o princípio da precaução como guia.¹⁷⁴ Tentaremos, sob esse panorama de problemas, indicar propostas viáveis, tendo em conta o papel do Poder Judiciário.¹⁷⁵ Note-se que deixamos para conceituar cada um dos institutos mencionados nesse momento de demonstração dos problemas, por entender ser essa a forma mais didática, tanto mais porque a própria conceituação de alguns

173 Bottini (2013, p. 152) explica que: “A administrativização do direito penal remete à problemática das normas penais em branco. Tais normas são expressas por meio de tipos penais incompletos, que remetem a outras esferas a definição precisa dos aspectos objetivos do ato ilícito.” Para o autor, tal fato decorre da impossibilidade de descrever condutas precisas diante do quadro de instabilidade social, sempre modificado pela complexidade das relações e advento de novos riscos.

174 A bem da verdade, a antecipação da tutela, utilizada em demasia no moderno direito penal, dimana do princípio da precaução ambiental, vertente especial do direito administrativo. Sobre o princípio em comento, atuando no direito ambiental, vejamos a doutrina francesa: “A ignorância quanto às exatas consequências a curto e longo prazo de certas ações não deve servir de pretexto para adiar a adoção de medidas que visem prevenir a degradação ambiental. Em outras palavras, diante da incerteza ou da controvérsia científica atual, é melhor adotar medidas de proteção severas a título de precaução do que nada fazer esperando que os danos se revelem. O princípio da precaução é um seguro para o futuro” (PRIEUR, 2011, p. 187, tradução livre). No original: *L’ignorance quant aux conséquences exactes à court ou à long terme de certaines actions ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l’adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l’environnement. Autrement dit, face à l’incertitude ou à la controverse scientifique actuelle, il vaut mieux prendre de suite des mesures de protection sévères à titre de précaution que de ne rien faire en attendant que se révèlent des dommages. Le principe de précaution est une assurance sur l’avenir.*

institutos já enseja crítica imediata, como sói acontecer com os crimes de perigo abstrato ou presumido, a primeira espécie delitiva a ser explicitada.

A nossa ideia é posicionar o Poder Judiciário diante de tais crimes, os quais não ocasionam lesão ou perigo de lesão, à luz dos preceitos constitucionais. Isso porque muito se tem discutido na doutrina alienígena e intestina acerca da (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. As decisões judiciais também oscilam quanto a fornecer (ou não) guarida constitucional a tais delitos.¹⁷⁶ O tema, portanto, demanda estudo. A questão precípua é compatibilizar a opção do legislador penal de proteger bens jurídicos por meio da estrutura dos crimes de perigo abstrato, entendidos como “condutas perigosas de *per si*, independente da demonstração de qualquer dano ou perigo de dano, de sorte que a lei presume o perigo de dano *juris et de jure*” (QUEIROZ, 2013, p. 223). Além disso, outro problema, agora de cunho processual, seria a quebra da presunção de inocência, por conta da inversão do ônus probatório, prejudicando os acusados dessa modalidade delitiva.

O argumento mais contundente a favor da citada inconstitucionalidade menciona o princípio nitidamente garantista da lesividade ou ofensividade (*nulla*

175 A ideia de dividir o problema encontra acalanto em Descartes (2009, p. 33-35), quando acena para quatro premissas a serem seguidas em busca da verdade, quais sejam: i) sempre duvidar de tudo, ao menos que seja evidente a verdade, evitando conclusões de forma precária; ii) dividir os problemas de um mesmo assunto em tantas partes quanto possível, de modo a minorar as dificuldades e facilitar a resolução; iii) começar a resolver os problemas mais simples, indo gradativamente até o mais complexo e, por fim, iv) enumerar e revisar todas as respostas, certificando-se de que nada relevante foi omitido.

176 Pela constitucionalidade, vale conferir junto ao STJ o Recurso especial nº 34.322-0, relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: “A infração penal não é só conduta. É também resultado no sentido jurídico normativo, ou seja, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. A doutrina renega os delitos de perigo de lesão ao bem jurídico. Com efeito, não tem sentido punir a simples conduta se ela não conta, ao menos, com probabilidade de risco ao bem jurídico. O ilícito penal não resulta do simples conduzir sem o correspondente documento. Isso é ilícito administrativo. A relevância penal nasce quando a conduta põe em perigo o bem jurídico.” Em sentido contrário, *vide* HC 110.258/DF, cujo Relator foi o Ministro Dias Toffoli, assim gizado: “Relembro, ademais, que, assim como o delito de embriaguez ao volante, também o crime de porte ilegal de arma de fogo classifica-se como crime de perigo abstrato, consumando-se com o simples ato de alguém portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prescindindo para sua tipificação, da demonstração de ofensividade real da conduta, o que não leva, de igual forma, à inconstitucionalidade do mencionado tipo penal.”

necessitas sine injuria), consistente na impossibilidade de aceitação de crime sem, no mínimo, prova de um perigo concreto ao bem jurídico tutelado.¹⁷⁷ O princípio em referência, com repouso implícito na Constituição Federal, como já explicado, forneceria para a existência, em tese, de qualquer delito uma escala de lesividade que se iniciaria no perigo concreto de dano e terminaria na efetiva lesão do objeto penalmente resguardado, deixando de lado as condutas abstratamente perigosas. D'outro lado, os adeptos da constitucionalidade, incluindo hoje a maioria dos julgados do STF,¹⁷⁸ não conseguem indicar um argumento razoável a legitimar os delitos de perigo abstrato, pois vêm ratificando a opção do legislador penal ante a necessidade de proteger bens jurídicos relevantes, imprimindo, destarte, uma visão funcionalista ao direito penal.¹⁷⁹

Devemos perceber que o ponto em comum entre as teses contraditórias consiste no referencial bem jurídico. Tal fato evidencia a importância atribuída ao objeto tutelado pela norma, motivo por que entendemos ser imprescindível a sua utilização na legitimação da atuação mínima do direito penal. Nesse passo, num primeiro momento, o juiz deve guiar a sua atuação jurisdicional, na órbita criminal, sempre questionando como regra a existência de um bem digno de proteção penal e com repouso constitucional. Do contrário, sem objeto previsto na Constituição, deve ser constatada a ilegitimidade (*rectius*, inconstitucionalidade) da tutela penal, sobrelevando o caráter subsidiário do direito penal e a essência garantista da Constituição. Num segundo momento, aferido o merecimento do amparo penal por chancela constitucional, parte-se para a análise da existência de dano ou perigo concreto de dano ao objeto jurídico resguardado, fazendo uma análise da culpabilidade em concreto.¹⁸⁰

Porém, a questão não é tão simples assim. Isso porque as modificações resultantes da sociedade do risco, mormente a incorporação do princípio da precaução

177 Fazendo uma analogia jurídico-literária, o princípio da lesividade seria o grande guardião das portas da dogmática clássica, impedindo com imensa força a sua saída para regulação dos novos riscos, tal qual Cérbero impedia raivosamente a saída das almas do inferno tão bem retratado na “Divina Comédia” (ALIGHIERI, 2009, p. 25).

178 Oportuno mencionar a pendência de julgamento da ADI 4103/DF, cuja relatoria incumbe ao Min. Luiz Fux, versando, em linhas gerais, sobre a inconstitucionalidade dos artigos 2º, 4º e 5º, incisos III, IV e VIII, todos da Lei Federal nº 11.705/2008, pois essa demanda pode abrir novos horizontes sobre o tema aqui versado.

179 Sobre o funcionalismo penal na sociedade de risco, conferir Bottini (2011, p. 82-85).

ao direito penal, com massificação dos crimes de perigo abstrato e o reconhecimento constitucional dos bens jurídicos coletivos, terminaram por balançar as estruturas da teoria clássica do delito, consoante já afirmando linhas atrás. A primeira incongruência é reconhecer a constitucionalidade de um delito, desnudo de lesividade mínima a qualquer bem jurídico penal, sem violar um sistema constitucional estribado no garantismo. Tudo começa com a ideia de relativização do bem jurídico levado a efeito pelo advento dos bens coletivos.¹⁸¹ Ripollés (2005, p. 148) adverte, todavia, que mesmo perdendo força, não há indicativo de que o conceito de bem jurídico perdeu sua utilidade, “mas sim que é preciso colocá-lo no lugar que lhe corresponde.”

Vejamos, então, com exemplos, como fica difícil legitimar a aceitação de alguns delitos com antecipação da tutela penal, sem qualquer ofensa ao objeto protegido. Citamos os art. 306 e 310, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)¹⁸² e arts. 12 e 15 da Lei 10.826/2003.¹⁸³ Pela leitura dos dispositivos mencionados, denota-se a

180 Nesse mesmo tom, Bianchini (2002, p. 58): “É da Constituição que se retiram, de forma implícita ou explícita, os valores (aqui abrangendo a categoria de bem jurídico) que merecem proteção por meio da via penal, o que não significa, entretanto, que todas as condutas atentatórias a eles serão criminalizadas.” Por isso, diz-se que o direito penal é fragmentário, ou seja, nem todos os bens constitucionais recebem o manto do direito penal, apenas algumas partes/fragmentos da Constituição.

181 Como exemplo de bens jurídicos coletivos, vale mencionar o meio ambiente, a ordem econômica, a saúde pública etc.

182 Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 310. Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

183 Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

possibilidade de apenar um indivíduo, pela forma mais rígida de punição, sem prova de qualquer espécie de lesão. No caso do citado art. 306, imaginemos uma pessoa que ingeriu uma pequena quantidade de vinho e, dentro da mais perfeita normalidade, conduz seu automóvel até o local de destino sem cometer nenhuma transgressão apta a criar uma situação de perigo concreto, conquanto apresente “0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar” (art. 306, §1º, inc. I, *in fine*). Ou, na hipótese do referido art. 15, um indivíduo dispare sua arma, para fins de verificação de aptidão de disparo, no quintal de sua ampla residência, direcionando o projétil para o chão de areia.

Nos casos acima ventilados, o juiz está legitimado a proferir uma condenação criminal? Entendemos que não, sob pena de admitirmos o retorno do direito penal do autor, que pune comportamentos sem lesividade. Ferrajoli (2010, p. 433) sedimenta, pontuando que “Em qualquer caso, deve tratar-se de um dano ou de um perigo verificável ou avaliável empiricamente, partindo das características de cada concreta conduta proibida, e não só considerando em abstrato somente o conteúdo da proibição.” Vendo sob esse ângulo, defendemos aqui primeiramente uma necessária redefinição da teoria do bem jurídico penal, reconhecendo e adotando uma concepção dualista,¹⁸⁴ de molde a aceitar a existência de bens individuais e coletivos sob a tutela penal, por se tratar de uma realidade fática.

Entretanto, o reconhecimento de um bem jurídico coletivo deve ser acompanhado de uma análise antropocêntrica¹⁸⁵ do eventual resultado produzido pela conduta típica em exame. O juiz, diante de um caso em concreto, envolvendo um bem

184Portanto, “temos de partir de uma teoria dualista do bem jurídico.” (GRECO, 2011, p. 87).

185 Costa (2010, p. 5) esclarece mencionando que: “O cerne de nosso sistema valorativo é a pessoa humana. O Direito e o Estado existem para servir à pessoa, decorrendo daí ser ela o ponto de partida para a construção do conceito de bem jurídico. Assim, apenas os elementos tidos como essenciais para o desenvolvimento da pessoa numa determinada realidade social podem ser alçados à categoria de bens jurídicos.” Hefendehl (2002, p. 8-9, tradução livre) reforça, afirmando que “Do mesmo modo, o meio ambiente não pode ser considerado como um bem jurídico em si: este somente adquire sua condição de bem jurídico pela função que exerce para a pessoa, cuja auto-realização se ache difícil sem a proteção direta e imediata do ambiente no qual se encontra.” No original: *Del mismo modo el medio ambiente no puede ser considerado como un bien jurídico en sí: éste solo adquiere su condición de bien jurídico por la función que ejerce para la persona, cuya autorrealización se antoja difícil sin la protección directa e inmediata del ambiente en que se encuentra.*

coletivo, deve perguntar-se de que maneira a conduta *sub judice* afetou um interesse humano e se esse interesse possui endosso constitucional. Do contrário, deve ser rejeitada criação de novos bens jurídicos coletivos apenas para “legitimar” a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, como bem analisado por Greco (2011, p. 104). Em síntese: não é o alto grau de abstração de um bem coletivo constitucional que vai suprir o pressuposto da lesividade para legitimar a antecipação da tutela penal, pois sempre haverá a necessidade de se aferir a escala de danosidade resultante da conduta típica.

Além dos crimes de perigo abstrato, outro problema, enfrentado por nós nesse estudo, oriundo da sociedade de risco, e que vem atormentando a dogmática jurídico-penal, é a figura do delito por acumulação (*kumulationsdelikte*). Tal modalidade delitiva é caracterizada pela necessidade de proteger bens jurídicos coletivos daquelas condutas que, se praticadas de forma isoladas, não lesariam o bem protegido de forma contundente, porém, se reunidas, afetariam sobremaneira o objeto tutelado. A ideia surge inicialmente no direito penal alemão, por impulso de Lothar Kuhlen, com o escopo de solucionar um caso concreto, envolvendo matéria ambiental.¹⁸⁶ Chamamos atenção para o fato de essa categoria de delito também inserir-se no enredo, ora contestado, da administrativização do direito penal, no qual o legislador penal atua subsidiado pelo princípio da precaução, proibindo condutas individuais insignificantes, com o escopo de garantir a incolumidade de um bem jurídico de fruição geral e futura.

Entretanto, embora louvável a atitude do legislador, é imperioso notar que a estrutura dogmática utilizada para tanto se mostra inadequada, quando confrontada com os cânones constitucionais.¹⁸⁷ A situação é semelhante àquela dos crimes de perigo

186 Percebeu-se que “pequenas propriedades suinocultoras ao longo de um rio lançavam dejetos em quantidades ligeiramente acima do permitido pelas regras administrativas. Constatou-se, contudo, que apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados ao rio por cada uma das propriedades (insuficiente, portanto, para a caracterização do tipo penal de poluição das águas), a soma dos poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água. Em vista desse problema, sugere o autor a punição destas condutas, individualmente, com a finalidade de preservação do meio ambiente, enquanto bem jurídico coletivo, a ser desfrutado por toda sociedade.” (OLIVEIRA, 2013, p. 28)

187 Aqui nos referimos aos princípios constitucionais do devido processo legal e todos os seus consectários, quais sejam: legalidade, lesividade, ampla defesa, contraditório etc.

abstrato, haja vista os fortes indícios de inconstitucionalidade. E aqui mais uma vez se mostra fundamental a atuação jurisdicional caso a caso, realçando a culpabilidade material de cada indivíduo. Isso em razão do próprio conceito de delito cumulativo desprezar aparentemente o princípio da ofensividade,¹⁸⁸ fato inaceitável num ordenamento tipicamente garantista. Por certo, não há abrigo constitucional para se instituir um direito penal do comportamento, sem lesão a bem jurídico determinado.¹⁸⁹

A utilização da técnica legislativa de criminalização cumulativa, sem análise da culpabilidade individualizada, termina por lançar ao vento garantias insculpidas a duras penas ao longo dos séculos, flexibilizando mormente as regras de imputação do fato delitivo, haja vista não delimitar questões de tempo (quando ocorreu a materialidade) e espaço (onde ocorreu a materialidade). A flexibilização mencionada termina por subverter de forma espúria a teoria do bem jurídico em prol da expansão penal, pois mais bens implicam mais delitos. Contudo, o direito penal legitimado pelo Estado Democrático de Direito somente deve atuar na defesa de bens jurídicos lesionados ou, no mínimo, contra condutas que promovam um perigo concreto de dano, como já detalhado neste capítulo anteriormente. Ante tais razões, deve ser recusada “qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização, que transforme o direito penal em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política” (DIAS, 2012, p. 146).

188 Tecendo comentários sobre a relativização do princípio da lesividade na sociedade do risco, Sánchez (2011, p. 156) ressalta parecer “claro que, também para o Direito Penal, o fator decisivo começa a ser o problema das grandes cifras e não a dimensão de lesividade do comportamento individual”

189 Tratando do problema na ótica ambiental, Costa (2010, p. 96) acentua ser “bastante clara, assim, a inadequação das estruturas penais para tratar da imputação de boa parte dos problemas ambientais. A imputação individual de resultados se move, no âmbito das lesões ambientais, em um terreno pantanoso demais para as exigências do sistema penal.” Em sentido divergente, Hefendehl (2002, p. 11, tradução livre) não vê problema algum, explicando que “A ideia de cumulação pode, por sua vez, aplicar-se facilmente no âmbito dos delitos ambientais, uma vez que os bens ecológicos ou recursos naturais representam finalmente bens jurídicos e não é problemático imaginar, a maior ou menor prazo, a existência de um risco pela cumulação de condutas.” No original: *La idea de la cumulación puede, a su vez, aplicarse fácilmente en el ámbito de los delitos medioambientales, puesto que los bienes ecológicos o recursos naturales representan finalmente bienes jurídicos y no es problemático imaginar, a mayor o menor plazo, la existencia de un riesgo por la cumulación de conductas.*

O afastamento da lógica cumulativa assenta-se, ainda, na forte impregnação de conteúdo moral, vinculado a um dever de solidariedade. Parte-se do questionamento “o que aconteceria se todos praticassem determinada conduta?” Desse modo, a conduta repelida não traria qualquer prejuízo isoladamente e sua proibição estribar-se-ia na necessidade de evitar comportamentos egoístas, por meio dos quais um indivíduo beneficia-se em detrimento dos outros. Sobre o tema em comento, calha transcrever, pela lucidez argumentativa, o escólio de Oliveira (2013, p. 32): “trata-se de uma conduta imoral, porém não suficientemente relevante para ser considerada um ilícito penal, especialmente diante da reforçada impossibilidade de o Direito Penal ser instrumentalizado para punição de meras imoralidades.”

Disso resulta ser incompatível com o texto constitucional admitir a criminalização de uma conduta sem lesividade, sob o perigoso argumento de proteger bens coletivos, valendo mencionar aqui como exemplos os artigos 29 e 38, ambos da Lei 9.605/98.¹⁹⁰ Ora, acolhendo-se a tese da cumulatividade, o indivíduo que apanhar um único animal silvestre, sem autorização legal, estaria incurso de imediato nas penas do mencionado art. 29. De outro tanto, caso o mesmo indivíduo resolvesse proceder ao corte de uma única árvore situada em floresta de preservação permanente, também estaria sob a égide do direito penal. Contudo, dita interpretação simplória não se nos afigura razoável, cabendo ao juiz uma análise concreta da culpabilidade, dentro da realidade fática de cada caso levado ao seu crivo. Assim, por exemplo, se determinada área de preservação é desmatada de forma significativa (*rectius*, lesiva) por um único indivíduo, mesmo que em diferentes contextos, dando origem a uma situação específica de risco (lesão ou perigo concreto de lesão) àquela área protegida, seria legítimo, só assim, o uso do direito penal, conforme explicaremos no último capítulo.

É justamente para auxiliar a compatibilização dos problemas apresentados com o ordenamento jurídico que apresentaremos a seguir a teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal, a ser exercida na esteira do poder de complementação dos juízes. A teoria em referência justifica-se na medida em que os teóricos do direito penal da modernidade ainda não conseguiram produzir nenhuma resposta convincente

190 Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.

para os problemas decorrentes da sociedade de risco.¹⁹¹ Por certo, os novos bens jurídicos ainda continuam a clamar por um método protetivo racional, sem encontrar óbices nos textos constitucionais.

A gestão administrativizada do direito penal, notadamente pela utilização acentuada da precocidade da tutela penal levada a efeito por intermédio dos crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos, tem transgredido a essência do direito penal iluminista. Até o presente momento, as melhores propostas sobre a formação desse novo direito penal, com o intuito de amparar os novos bens jurídicos em sintonia com os princípios penais da nossa Constituição, resumem-se às ideias de Hassemer e Sánchez.

Hassemer¹⁹² é adepto do minimalismo penal e defende que o direito penal deve restringir-se à proteção de bens indispensáveis à vida em sociedade (vida, integridade física, patrimônio), seguindo a tônica do garantismo caracterizada pela mínima intervenção para obtenção do máximo de liberdade. Na visão do referenciado autor, ao tentar se expandir para regular os complexos problemas da sociedade de risco, consistentes em condutas perigosas e proteção de bens difusos, o direito penal restaria desfigurado, perdendo sua essência. Além disso, atuaria apenas de maneira simbólica, diante da sua incapacidade de produzir os efeitos de si esperados. Conclui, então, que o mais adequado seria a criação de um terceiro gênero, situado entre o direito penal e o direito administrativo, mais flexível e sem previsão de privação de liberdade, chamado de “direito de intervenção”. Segundo Hassemer (1993, p. 282):

Há muitas razões para se supor que os problemas ‘modernos’ de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente ‘moderno’: na zona fronteira

191 Costa (2010, p. 50), após analisar várias propostas sobre o tema em voga, conclui: “Como resultado desse breve panorama das propostas doutrinárias, exsurge a ausência de respostas satisfatórias e bem assentadas na doutrina quanto à legitimidade dos crimes de perigo abstrato, especialmente diante de bens jurídicos coletivos. Com efeito, é necessário, em uma análise global, esclarecer se os crimes de perigo abstrato respeitam o princípio da ofensividade e, em caso positivo, quais os critérios para esta aferição. Num segundo momento, é preciso examinar as diferentes espécies de crimes de perigo abstrato e seus problemas específicos, bem como se é possível legitimá-los.”

192 Hassemer é considerado um dos expoentes da Escola de Frankfurt. Contudo, Bottini (2013, p. 76) nos informa que “O termo *escola de Frankfurt* é refutado pelos próprios autores indicados como seus componentes, mas é usado ainda por autores como SCHNEMANN diante da comunidade de pensamento deste grupo de juristas em torno de alguns temas, dentre os quais a crítica aos rasgos expansionistas do direito penal do risco.” (grifos originais)

entre o Direito Administrativo, o Direito Penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos.

De outro canto, Sánchez (2011, p. 188-192) também segue caminho parecido, uma vez buscar um meio termo. Porém, o citado autor vislumbra a possibilidade de bipartição do próprio direito penal, sem criação de outro ramo jurídico, como preconizado por Hassemer. Para Sánchez, o direito penal deve ser repartido naquilo que denomina de “direito penal de duas velocidades”. A primeira velocidade, caracterizada pela possibilidade de privação da liberdade, para regular condutas que lesionem ou ponham em perigo real um bem individual. A segunda, sem possibilidade de pena de prisão, atuaria no campo da expansão penal, disciplinando os crimes de perigo presumido e os delitos cumulativos, protegendo os bens supraindividuais, com anuência para flexibilização de alguns princípios constitucionais.¹⁹³

Apesar da grandiosidade acadêmica das duas propostas,¹⁹⁴ ainda resta muito a ser estudado e consolidado. Há imperiosa necessidade de reestruturação dogmática e legislativa (não obrigatoriamente nessa ordem), de maneira a viabilizar a materialização de um ou de ambos os pensamentos referidos em termos práticos. Entretanto, enquanto não se solidifica nenhum entendimento teórico plausível, segue a passos largos a expansão penal, com a criação de novos delitos, deixando o aplicador do direito penal decepcionado. A dita decepção é o resultado da insistência doutrinária, legislativa e, por que não dizer, judicial, de querer solucionar os problemas penais da modernidade pela

193 Em que pese concordar com a flexibilização ventilada, eis que ausente a privação de liberdade, Sánchez (2011, p. 191) detecta a necessidade de aplicação das demais penas pelo Poder Judiciário como uma maneira de serem preservados “os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal.”

194 Para Bottini (2013, p. 81), “As propostas de HASSEMER e de SILVA SÀNCHEZ são demonstrações inequívocas da perplexidade do jurista diante dos novos riscos. O paradoxo mostra sua força nas construções mencionadas porque, ao mesmo tempo em que se preocupam com os novos âmbitos de perigo e seu potencial lesivo, e buscam uma forma mais ou menos rígida para sua inibição, tais autores também reconhecem sua necessidade e a dificuldade de equiparar sua produção aos delitos tradicionais. A dubiedade do papel do risco impõe aos autores mencionados o desenvolvimento das propostas de decomposição dos mecanismos de controle no sentido de garantir a minimização dos riscos, mas por meio de instrumentos menos ortodoxos, como o ordenamento de intervenção (HASSEMER) ou direito penal de duas velocidades (SILVA SÀNCHEZ).”

via do direito penal clássico. Seria algo improvável, como tentar fechar uma panela redonda com uma tampa quadrada ou triangular.

Esses foram os motivos que nos levaram a debruçar sobre o tema, vendo no poder complementar dos juízes e na teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal, apresentados no capítulo seguinte, uma via adequada de racionalização da tutela penal, compatibilizando a proteção dos novos bens jurídicos daquele ramo do direito com os direitos e garantias fundamentais. Assim, será atendido um nítido anseio do legislador constituinte originário, qual seja, de ver enfim realizado o minimalismo penal, priorizando a dignificação do homem.

Capítulo IV: Capítulo IV: O Poder complementar dos juízes e a teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal: uma proposta de racionalizar o direito penal na sociedade de risco

1. Considerações preliminares

Aqui, situam-se os instrumentos para solucionar o problema proposto, objetivando-se traçar os contornos da atuação do Poder Judiciário, de molde a compatibilizar o resguardo da essência constitucional garantista, por meio do uso racional do direito penal, na sociedade de risco. É neste último capítulo que pretendemos demonstrar que o poder de complementação dos juízes tem a possibilidade de harmonizar a coexistência racional entre os preceitos constitucionais e o novo direito penal resultante da nova realidade social, evitando o uso excessivo do controle de constitucionalidade para rejeição de enunciados normativos em tese inconstitucionais. Enfrentaremos, ao lume dos axiomas construtores do garantismo, os problemas dos crimes de perigo abstrato e dos delitos por acumulação, reafirmando o caráter subsidiário do direito penal, tendo por escopo conduzir os lindes da jurisdição às raiais da legitimidade exigida pelo Estado Democrático de Direito, dentro de um panorama interpretativo viável.

Ainda nesse capítulo, com a finalidade de viabilizar o poder de complementação judicial, apresentaremos à comunidade jurídica a teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal, formada pelos seguintes instrumentos: i) a dignidade da pessoa humana; ii) o devido processo penal material; iii) o funcionalismo penal; e iv) a interpretação conforme a Constituição. Nesse pedaço de nosso estudo, cada instrumento recebe minuciosa análise individual, desde a formação histórica até sua incidência prática no combate à expansão penal, sempre no afã de adequar a atuação legislativa aos comandos da Constituição. Pretendemos, a todo o momento, construir uma conexão entre cada instrumento e o poder complementar dos juízes através da indicação de entendimentos doutrinários e julgamentos, colhidos no direito brasileiro e estrangeiro, e pelo fornecimento de exemplos reais e imaginários, mas com perfeita aplicação empírica.

2. O poder complementar dos juízes e a teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal

Diante de toda seara de dificuldades na qual se encontra mergulhado o sistema de direito penal vigente, surgiu a pergunta problema reitora de nosso estudo, qual seja: o poder de complementação judicial pode contribuir na contenção da ilegítima expansão do direito penal brasileiro? A partir do problema proposto, constatamos que o poder de complementação seria capaz de levar o Judiciário a contornar parte dos problemas apresentados, sem a utilização drástica da declaração de inconstitucionalidade de uma miríade de crimes afetos às situações apontadas. Para tanto, e sempre buscando prestigiar a atividade legislativa, notamos que o referenciado poder de complementação precisaria de instrumentos para sua concretização. E os instrumentos com maior aptidão para responder a contento o problema proposto são os seguintes: i) a dignidade da pessoa humana; ii) o devido processo penal material; iii) o funcionalismo penal; e iv) a interpretação conforme a Constituição.

Demonstraremos que a dignidade humana, como o primeiro instrumento da teoria, deve ser um norte a guiar toda interpretação penal, a qual deve ser pautada sempre na busca da mínima intervenção. Como segundo instrumento, veremos que o devido processo legal teve seu raio de atuação aperfeiçoado pelos juízes e já há algum tempo ostenta uma versão formal e outra material, esta última versão originou o devido processo penal material, com aptidão para contribuir na contenção do direito penal. O funcionalismo penal será estudado como o terceiro instrumento, com potencial de influenciar na formação de um novo direito penal, marcado por uma dogmática mais racionalizada, capaz de sobreviver perante a sociedade de risco. Por fim, o derradeiro instrumento de limitação penal é o princípio da interpretação conforme a Constituição, servindo como uma ponte no cotejo do direito penal ante os princípios constitucionais relativizados pela sociedade de risco.

Cada instrumento foi nominado de forma específica, de modo a facilitar a identificação da essência de sua atividade no campo prático. A dignidade da pessoa humana, dada a sua natureza diretiva e abrangente, foi nominada de instrumento-guia, com incidência concreta conjunta e obrigatória com os demais instrumentos, eis que qualquer norma penal ilegítima tem a capacidade de macular a dignidade do homem. Por sua vez, o devido processo penal material recebeu o nome de instrumento-princípio, haja vista sua reconhecida força normativa principiológica, com disposição suficiente para incidir no campo prático de imediato. O funcionalismo penal, ainda carente de ampla aceitação no Brasil, é o instrumento-doutrina, o qual vem sendo burilado pelos teóricos do direito penal, mas já com maturidade de contribuir nessa empreitada

limitativa. Arrematando a teoria, a interpretação conforme ganhou o título de instrumento-interpretativo, pois terá a missão continua de capitanear toda atividade interpretativa às raias da Constituição.

Algumas observações ainda se mostram importantes para entender a teoria.

A primeira observação liga-se à forma de atuação dos instrumentos. Como já antecipamos, a dignidade humana terá incidência sempre. Isso porque ninguém duvida de que a ilegitimidade de uma contravenção penal até um crime hediondo tem força suficiente para restringir a dignidade humana, por conta da própria natureza agressiva da intervenção penal. Razão disso, a realização do poder complementar no campo penal sempre observara a dignidade humana. Quanto aos demais instrumentos, poderão ser aplicados tão-somente com o instrumento-guia ou mesmo em companhia dos demais instrumentos. Assim, por exemplo, um magistrado poderá fazer uso do devido processo penal material (instrumento-princípio) concomitantemente ao uso da interpretação conforme (instrumento-interpretativo) para afastar a aplicação de um crime, mas deverá ter sempre em mente a maximização da liberdade humana evidenciada pela sua dignidade (instrumento-guia).

A segunda observação refere-se ao campo de incidência dos instrumentos. A bem da clareza, nosso estudo se dirige ao direito penal material, mais precisamente na ideia de corporificar um sistema penal calcado no minimalismo, por ser essa a diretriz extraída da nossa Constituição. A partir daí, o intuito é de contribuir no combate a qualquer forma de alargamento ilegítimo do direito penal. Apesar disso, nada impede que todos os instrumentos, com exceção do instrumento-doutrina, sejam transportados para o processo penal. Como exemplo disso, basta analisar o julgamento pelo STF do Habeas Corpus 103.362/PI, cuja relatoria coube ao Ministro Celso de Mello, quando sua Excelência, fazendo uso do devido processo penal material, entendeu ser inconstitucional a vedação de liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei 11.343/06 e determinou a soltura do acusado que foi preso em flagrante ao portar 66 gramas de sementes da substância vulgarmente conhecida como maconha.¹⁹⁵

195 Vale trazer os seguintes trechos do r. julgado: “Essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (art. 44 da Lei 11.343/06, Lei de Drogas) não pode ser admitida, eis que se revela manifestamente incompatível com a presunção de inocência e a garantia do *dues process of law*, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito”. E, mais adiante, Sua Excelência conclui: “Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo

A terceira e última observação cuida-se da didática utilizada. Nesse aspecto, tivemos o cuidado de trazer informações reputadas por nós como essenciais sobre cada instrumento proposto, de modo que seria incompatível com o objetivo de nosso estudo discorrer de forma exaustiva sobre cada um deles, sob pena de incorrerem em fuga do tema principal. Porém, não seria adequado trazer apenas o conceito dos instrumentos, eis que pecaríamos pela insuficiência. Buscamos, então, o meio termo. As informações sobre os instrumentos foram correlacionadas ao poder de complementação dos juízes e, com a finalidade de demonstrar a utilizada prática da teoria, trouxemos exemplos reais, por meio dos quais o leitor pode observar a teoria já em funcionamento e, ainda, elencamos exemplos imaginários, em demandas penais carentes de solução racional doutrinária e legislativa, embora com perfeita realização empírica. Outrossim, os casos suscitados no capítulo terceiro, versando sobre crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos, somente agora receberão suas respostas, à luz da teoria em destaque.

O importante daqui para frente é perceber a maneira por meio da qual cada instrumento é associado ao poder complementar dos juízes, contribuindo na contenção da expansão ilegítima do direito penal. O foco principal é rejeitar toda e qualquer abordagem do sistema penal que não encontre respaldo na racionalidade, reduzindo as intervenções espúrias e recheadas de simbolismo, de maneira a realçar o caráter subsidiário do direito penal, ou seja, reafirmando seu posto de *ultima ratio*. E não podemos deixar de reafirmar que o poder complementar deve ser captado como a capacidade legítima do Poder Judiciário e de todos os seus membros de densificar cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios constitucionais e infraconstitucionais, incluindo a matéria penal que ora nos interessa, de modo a conceder uma interpretação consentânea com a essência garantista da nossa Constituição, caso contrário, a declaração de inconstitucionalidade é o caminho a ser adotado.¹⁹⁶

princípio da razoabilidade”. Conferir, ainda, nesse sentido, o Habeas Corpus 92.299/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado pelo STF.

196 Desde logo, sublinhamos que o poder complementar somente poderá ser aplicado em prol da maximização da liberdade humana, restringindo o campo de intervenção penal. Contudo, de maneira alguma haverá prejuízo a modalidade interpretação extensiva, onde o juiz também complementa o direito em situações excepcionais onde “as palavras do texto legal dizem menos do que sua vontade, isto é, o sentido da norma fica aquém de sua expressão literal.” (BITENCOURT, 2014, p. 196)

3. O reconhecimento judicial da dignidade humana como diretriz interpretativa. Juridicidade. Impossibilidade de retrocesso legislativo penal

O conceito de dignidade da pessoa humana vem sendo lapidado ao longo dos séculos. O romano Cícero asseverava na antiguidade que o homem gozava da dignidade, por conta de ser o único ser dotado de racionalidade na natureza. Por outro lado, o cristianismo pregava a dignidade dos homens, calcando-se no pensamento bíblico, que preconizava a feitura do homem à imagem e semelhança de Deus. Já Tomás de Aquino acresceu ao pensamento bíblico a capacidade de autodeterminação como elemento intrínseco à natureza humana (SARLET, 2010, p. 33-34). Por sua vez, dentro do contexto humanista do renascimento e marcando a transição do mundo medieval para o mundo moderno, Mirandola, numa espécie de ode ao antropocentrismo, mas sem rejeitar os fundamentos do catolicismo, ressalta a capacidade racional e multiforme do homem, com potencial de se transformar e alcançar os seus objetivos, comparando-o a um camaleão: “Quem não admirará este nosso camaleão?” (MIRANDOLA, 2010, p. 59).¹⁹⁷

O itinerário de desenvolvimento evolutivo da dignidade do homem também foi abraçado e alavancado pela ideologia propulsora das revoluções burguesas, segundo a qual os homens são iguais perante si. Via de consequência, podemos verificar aqui o toque preciso dos processos de racionalização e laicização a servirem como instrumentos de definição e delimitação conceitual. Sobre o tema em testilha, são preciosos os ensinamentos de Kant, quando pontifica que a noção de dignidade humana se afastou dos dogmas religiosos, finalizando seu ciclo de secularização, a partir do momento em que o homem revestiu-se de autonomia ética, sem deixar de considerar,

197 E prossegue afirmando: “Que a nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentarmos com as coisas medíocres, mas de anelarmos às mais altas, de nos esforçarmos por atingi-las, com todas as nossas energias, desde o momento em que, querendo-o, isso é possível. Desdenhemos das coisas da terra, desprezemos as astrais e, abandonando tudo o que é terreno, voemos para a sede supra mundana, próximo da sumidade da divindade. Ali, como narram os sagrados mistérios, Serafins, Querubins, e Tronos ocupam os primeiros lugares; deles também nós emulemos a dignidade e a glória, incapazes agora de recuar e não suportando o segundo lugar. E se quisermos, não seremos em nada inferiores a eles.” (MIRANDOLA, 2010, p. 61-63)

entretanto, as contribuições sacrais. Kant, então, rejeita o utilitarismo e a instrumentalização do homem, realçando sua racionalidade e sua autonomia, estabelecendo as bases para formulação jurídica da dignidade humana (SARLET, 2010, p. 37).

A noção jurídica do termo, todavia, só vai ganhar relevo com o fim da Segunda Guerra Mundial, após o mundo acompanhar os horrores praticados pelo regime nacional-socialista, quando se espezinhou o mais mezinheiro conceito de dignidade. A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, em feliz passagem sobre a ascensão jurídica da dignidade, asseverou que, “tendo o homem produzido o holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao Poder” (ROCHA, 2001, p. 52). Mais adiante, Sua Excelência pondera que o pós-guerra “trouxe a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito, como uma contingência que marcava a essência do próprio sistema sociopolítico a ser traduzido no sistema jurídico”.

A bem da verdade, o certo é que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser uma realidade enraizada nos textos constitucionais esclarecidos, ostentando energia suficiente para servir de vetor interpretativo, guiando o operador do direito por mares seguros, erigindo-se em potente instrumento na atuação de complementação judicial. Passou a constituir-se, ao nosso pensar, em cristal a ser incondicionalmente preservado, mesmo diante da vontade contrária das maiorias, sendo, portanto, primordial para a atuação imparcial e justa do Poder Judiciário, mormente nos casos lacunosos. A nossa Carta Republicana de Outubro, nesse contexto, veio à lume içando como um de seus fundamentos justamente a dignidade da pessoa humana¹⁹⁸ (art. 1, inc. III), objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como pretendendo

198 Adotamos a conceituação de Sarlet (2010, p. 70), para quem dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, incs. I e III).

Nessa trilha intelectual, podemos afirmar que a concretização da dignidade no texto constitucional brasileiro perpassa certamente pela implementação fática das chamadas normas programáticas,¹⁹⁹ as quais foram alojadas no âmago constitucional pelo poder constituinte originário com a nítida intenção de equilibrar o liberalismo econômico e os princípios da livre iniciativa, protegendo as bases do socialismo, com o respectivo amparo ao cidadão trabalhador, no afã de fomentar a justiça social e que terminam repercutindo no direito penal.²⁰⁰ A Constituição Cidadã constituía, assim, as raízes do seu chamado conteúdo social, ao mesmo tempo em que retratava um momento sombrio da história mundial, marcado pela conhecida Guerra Fria travada entre capitalismo e socialismo.

Pensamos que os objetivos profetizados no texto constitucional, condizentes à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a necessária erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais trata-se “de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (SILVA, 2009, p. 141). Portanto, efetivado na práxis tais programas, ganha amplitude a dignidade humana, evidenciando o seu elo junto àquelas espécies de normas constitucionais. Bem por isso, resta evidente “a importância de se interpretarem os princípios contidos no art. 3º, da Constituição da República brasileira acoplados àqueles do art. 1º, inclusive ao da dignidade humana, de que eles são emanção e complementação” (ROCHA, 2001, p. 55). Daí, então, poder-se-ia vislumbrar o “problema” da aplicabilidade das normas programáticas.

Parte da doutrina clássica não conferia juridicidade às normas programáticas. A premissa chave para aqueles que negavam dito caráter jurídico, devia-se ao fato de tais normas não solucionarem casos concretos, não possuindo, assim, imperatividade, mas apenas cunho moral. Entretanto, a moderna hermenêutica de vertente neoconstitucional,

199 Para Miranda (2007, p. 282), normas programáticas são “aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam uma concretização, incindível dessa realidade.”

200 Como demonstramos no capítulo terceiro, a falência do Estado de bem-estar social, ao ser omissa na implementação dos direitos sociais, guarda relação direta como aumento da criminalidade.

como já analisado mais atrás, tem repudiado a negação de eficácia jurídica às normas com recinto constitucional, tanto mais por conta do princípio da unidade da constituição, segundo o qual não deve haver hierarquia entre as normas constitucionais.²⁰¹ Canotilho (2003, p. 1176) é contundente ao pregar a isonomia jurídica de todas as normas constitucionais, falando inclusive na “morte” das normas programáticas.

Nesse cenário, onde se almeja justiça social, por meio de equânime distribuição econômica, visando à equiparação material de oportunidades, torna-se premente a contenção da política criminal expansionista, pois diametralmente oposta aos objetivos constitucionais, haja vista o caráter seletivo da referenciada expansão, conforme já demonstrado nos tópicos anteriores. Desse modo, entendemos ser perfeitamente possível e necessário extrair a força normativa constitucional, tendo em mira os anseios nela derramados pelo legislador, importando os seus comandos para campo social, mesmo diante das chamadas normas programáticas, precipuamente orientando aqueles que militam na seara penal, onde se lida com bem tão caro, qual seja: a liberdade humana,²⁰² sendo fundamental para tanto a participação emancipatória do Judiciário através do seu poder de complementação, sempre para ampliar a liberdade humana, tal qual preconiza o garantismo.

Traçados os programas sociais pelo poder constituinte originário (vide art. 6º e seguintes da CF), abre-se um caminho a ser seguido pelos poderes constituídos. Por conta disso, qualquer desvio contrário àquela direção, cuida-se de conduta danosa aos

201 Para Bachof (2009, p. 51) é possível a existência de normas constitucionais e inconstitucionais: “Se uma Constituição, em tudo o resto, se tornou juridicamente eficaz, mas uma das suas normas, isoladamente, não corresponde aos requisitos de eficácia por aquela mesma estabelecida, pode bem falar-se de uma norma constitucional inconstitucional.” Por oportuno, Mendes (2008, p. 146) avisa que “o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal constitucional indiano”, pelo que sabe, “são os únicos tribunais do mundo a terem declarado a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional.” Todavia, Barroso (1996, p. 196) advoga o contrário, destacando a unidade da Carta de Outubro, admoestando que “o fundamento subjacente a toda a ideia de unidade hierárquico-normativa da Constituição é o de que as antinomias eventualmente detectadas serão sempre aparentes e, *ipso facto*, solucionáveis pela busca de um equilíbrio entre as normas, ou pela exclusão da incidência de algumas delas sobre dada hipótese, por haver o constituinte disposto nesse sentido.” Canotilho (2003, p. 1223) segue o mesmo sentido, afirmando que “o princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas.”

anseios antevistos primordialmente pelo texto magno, ensejando a imposição do controle adequado, haja vista ensejar típico retrocesso social.²⁰³ Desse modo, fica claro que o Poder Legislativo deve vivenciar sua atividade pondo os seus olhos nos tais programas sociais, de maneira a concretizar os objetivos estabelecidos (art. 3º, da CF), com o escopo de solidificar os fundamentos da República (art. 1º, da CF), incluindo aqui a dignidade da pessoa humana.

A vedação do retrocesso, importante ressaltar, é analisada por Ana Paula de Barcellos como produto da doutrina, atrelada aos princípios constitucionais, guardando relação com a realização dos direitos fundamentais, através da atividade legislativa infraconstitucional (BARCELLOS, 2011, p. 85-86). Via de efeito, o indesejado retrocesso perfaz-se por meio da atuação legiferante ao criar novas leis dissonantes ao espírito constitucional ou revogando leis vigentes de cunho social sem substituto correlato. Ao nosso estudo, interessa a criação legislativa em matéria criminal, que vem sendo levada adiante sem atender critérios mínimos de racionalidade, solapando direitos e garantias fundamentais conquistados a duras penas ao longo da história do direito penal brasileiro, valendo exemplificar com a grande quantidade de delitos sem lesividade.

Com efeito, ao nosso sentir, a inflação desordenada das leis penais cuida-se de medida odiosa, contribuindo para o fenômeno da expansão penal, a qual termina por caminhar em sentido oposto à clara opção constitucional em efetivar um Estado social, pautado na concretização da dignidade humana e no respeito aos direitos e garantias fundamentais. Tal fato é ainda mais agravado, quando se constata que o nosso texto constitucional é indubitavelmente caracterizado pela roupagem do garantismo, onde se busca a amplitude da liberdade e a minimização do poder estatal. Além disso, o cenário

202 Em socorro ao nosso pensamento, úteis as palavras de Hesse (1991, p. 19), para quem: “A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).”

203 Canotilho (2003, p. 338) também denomina o princípio do não retrocesso social como proibição de contra-revolução social ou proibição da evolução reacionária.

atual do constitucionalismo contemporâneo é marcado justamente pela força normativa da constituição e até mesmo as normas programáticas ganharam imperatividade ou, no mínimo, possuem a chamada eficácia negativa, com força de impedir a criação de um Estado penal por meio de leis. Razão disso, torna-se premente uma atuação enérgica dos juízes, no sentido de reafirmar os direitos sociais em detrimento de qualquer intervenção penal desproporcional.

Nesse contexto, não temos como retirar o acerto de Wacquant (2011, p. 88), ao afirmar que “à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro.” Evidentemente, o simples fato de figurar injustamente como réu em uma demanda criminal tem energia suficiente para macular a dignidade de qualquer indivíduo, contribuindo com um indesejável quadro social de marginalização e desigualdade – tal fato é notório. Ancorado na argumentação em tela, entendemos ser possível aos juízes, por meio do poder complementar que lhes é inerente, vedar o retrocesso social em matéria legislativa penal, resguardando a dignidade humana, com o fito de rejeitar a administrativização do direito penal, bem como acentuada antecipação da tutela penal, recusando, ainda, os simbolismos ilegítimos e atuação penal como *prima ratio*.

Por certo, sabemos que “o grande problema é que, perante a imprevisibilidade e a incontrolabilidade dos riscos e dos seus efeitos, se torna difícil legislar em termos de os prevenir, ou – o que se torna tarefa verdadeiramente inglória – de os reprimir” (FERNANDES, 2001, p. 21) o legislador tem a faculdade de exercer sua atividade sobre as matérias que bem entender, tratando-se de verdadeira discricionariedade constitucional. Entretanto, se pretende desencadear o processo legislativo em matéria criminal, deve fazê-lo em ocasiões estritamente necessárias, dentro dos limites constitucionais, haja vista que cada novo fato tipificado penalmente origina uma potencial diminuição da liberdade humana, um retrocesso social.

Diante de tais premissas, o legislador pátrio deve estar atento ao uso do direito penal como *ultima ratio*, o qual não pode se erigir em instrumento imediato de contenção aos anseios populistas de criminalização, através de respostas simbólicas ou mesmo expandindo-se para alcançar condutas que poderiam receber tratamento adequado em outras searas jurídicas. Ademais disso, a interpretação a ser dispensada a cada tipo penal deve ser sempre orientada na direção da concretização do minimalismo penal, permitindo a ingerência do direito penal tão-somente nos casos estritamente

necessários, dado aos efeitos nefastos da tutela penal ao objetivo maior de dignificação do homem.

No campo prático, o poder de complementação dos juízes, do modo aqui defendido, pode ser visualizado, em sua força máxima, dado o seu efeito geral, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal (ADPF 54/DF), recentemente julgada pelo STF,²⁰⁴ ocasião na qual se permitiu, por maioria, a realização do aborto em caso de anencefalia, desde que comprovada tecnicamente. A dignidade humana foi amplamente utilizada como roteiro pela maioria dos Ministros, reforçando a sua nominação de instrumento-guia. Contudo, os Ministros Ricardo Lewandowski e César Peluso votaram pela improcedência do pedido, ocasião na qual este último argumentou que estava convencido de ser típica a conduta, com perfeita subsunção ao crime de aborto, aduzindo, também, que o ato de aniquilação dolosa de um ser ainda com “vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética capaz de conduzir a conclusão diversa” (ADPF 54/DF, p. 386-387).

Preponderou, entretanto, após longos arrazoados e intensa discussão, a possibilidade de realização daquela modalidade de aborto sem previsão legal, na esteira do voto condutor proferido pelo relator, Min. Marco Aurélio. Naquela oportunidade, Sua Excelência ponderou que estaria “em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres” que se encontravam na situação descrita na referida ADPF. O julgamento em análise, sem qualquer sombra de dúvida, terminou complementando a dicção dos artigos 124, 126 e 128, incs. I e II, todos do Código Penal. Criou-se mais uma modalidade abortiva no direito penal brasileiro, com irradiação normativa genérica.

Muito embora a Ministra Carmen Lúcia tenha consignado que “O Poder Judiciário foi chamado, na presente arguição, não para criar norma jurídica, que não é sua atribuição”, mas para dizer se a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta constitucional ou criminosa, os juízes do STF, por via reflexa ao exercício de suas funções, inovaram no ordenamento jurídico. E como defendemos no primeiro capítulo, inovaram de forma legítima,²⁰⁵ respaldados pelo novo direito constitucional erigido após a Segunda Grande Guerra. Inovaram no intuito de resguardar a força

204 Acórdão publicado no DJ do dia 30.04.2013.

normativa da Constituição, adequando-a a uma nova realidade social. Inovaram, ainda, pela omissão do Poder Legislativo em dispor sobre matéria de grande controvérsia popular, conquanto fosse escancaradamente necessária. Inovaram, por fim, pois não poderiam decretar o *non liquet*, haja vista a obrigação constitucional de decidir. E o mais importante é que até a presente data o Legislativo referendou comando judicial, sem editar lei em sentido oposto.

No exemplo, o poder de complementação atuou na contenção do direito penal.

4. Do devido processo legal ao devido processo penal material: a participação fundamental dos juízes

O nascimento do devido processo legal (*due process of law*) liga-se à *Magna Charta Libertarum*, outorgada pelo Rei João Sem Terra, assinada em 15 de junho de 1215, composta por 63 capítulos e redigida em latim, sendo consolidada em 1225, após ser reduzida para 37 capítulos. Cuidava-se de uma carta feudal, por meio da qual houve o reconhecimento e a garantia da “liberdade e a inviolabilidade dos direitos da igreja e certas liberdades aos homens livres do reino inglês [deixando] implícito pela primeira vez na histórica política medieval, que o rei achava-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 593). O referenciado documento, como poderá ser observado, albergou em seu art. 39,²⁰⁶ as garantias processuais da judicialidade e do devido processo legal, alcançado somente os homens livres – tal fato, porém, é controvertido, como veremos mais adiante. Era a garantia do julgamento *per legem terrae* (pela lei do país).

A gênese da Carta Magna e, por sua vez, do devido processo legal, é encontrada na Inglaterra feudal do ano de 1066. Àquela época, os reinados não eram

205 A legitimidade da inovação se reforça ainda mais pela nítida busca no julgado pela concretização do minimalismo penal. Tal assertiva pode ser vista quando a Ministra Rosa Weber aduziu que: “E o Direito Penal moderno se apresenta como última *ratio*, devendo, nessa medida, ser mínima a sua intervenção nas relações sociais, não só por se mostrar pouco eficaz como regulador de condutas, mas por gerar, esta ineficiência, custos sociais e econômicos.” (ADPF 54/DF, p. 134)

206 Vale transcrever o citado artigo: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país.” (CANOTILHO, 2003, p. 492)

justificados pelo poder divino. Fazia-se uma eleição por meio da qual somente alguns Barões feudais podiam votar e, para ser eleito, o candidato ao trono comprometia-se com os seus eleitores. Eleito e coroado em 27 de maio de 1199, João Sem Terra não honrou seus compromissos. Ao revés disso, confiscou imóveis do clero e aumentou os impostos, causando descontentamento geral. Somado a isso, seu reinado enfraqueceu com as mortes de sua mãe, a Rainha Eleanor, em 1204, bem como do seu Arcebispo e Conselheiro, Hubert Walter, em 1205. Rompia-se o elo entre o clero e a realeza, inclusive com a excomunhão do Rei pelo Papa Inocêncio III, no ano de 1209 (LIMA, 1999, p. 21-23).

Enfraquecido e depois de ser advertido de que seria destronado, caso não se submetesse aos ditames eclesiásticos, o Rei acatou a advertência, inclusive acolhendo a nomeação de um dos seus opositores, Stephen Langton, para o cargo de Arcebispo, consoante desejo papal. Contudo, embora absolvido pela Igreja, o Rei ainda era alvo de retaliações por parte dos Barões, os quais se organizavam com o intuito de esmaecer o poder real. Tal fato pôde ser percebido nas assembléias de *St. Albans* e *St. Paul*, realizadas no ano de 1213, brotando da primeira reunião inclusive um esboço de Constituição. A partir daí, seguiram-se as negociações entre o Rei e os Barões, os quais chegaram ao ponto de recusar lealdade àquele. Foi então que o Rei, em junho de 1215, cedeu aos pleitos do baronato, dando azo ao *Article of the Barons*, documento embrionário da Magna Carta (LIMA, 1999, 24-26).²⁰⁷

Após o breve resgate histórico, podemos perceber que o nascimento do devido processo legal tinha realmente o nítido intento de impor limitações àquele poder até então ilimitado, eis que o Rei seria, segundo o pensamento religioso, a representação de Deus na Terra. Mas tais limites beneficiariam a quem? Apenas aos Barões ou também ao povo em geral? Lima (1999, p. 28) traz divergências de pensamentos nesse ponto:

207 Impende consignar, por oportuno, que o termo *dues processo of law* apenas teria sido mencionado durante o reinado de Eduardo III, depois de ter sido provocado via petição. Diz a história que o tal pedido direcionado ao Rei teria desencadeado a tradução do latim para o idioma inglês, com a troca das expressões *per legem terra* por *dues processo of law*, troca essa estampada na formulação do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, o qual veiculava o seguinte: “Nenhum homem de qualquer estado ou condição será expulso de suas terras ou propriedades, nem preso, deserdado ou condenado à morte sem haver respondido ao processo legal regular” (FERREIRA, 2004, p. 15). Todas as limitações individuais decorrentes da vontade real em detrimento da vida, liberdade e patrimônio dos indivíduos passaram assim a submeter-se a um rito de garantias processuais.

segundo Petit-Dutaillis, apenas a nobreza seria beneficiada, pois naquele momento não se tinha a mínima intenção de ampliar direitos e garantias de forma genérica; em situação oposta, Bitar admoesta que o artigo 60 era expresso em estender ao povo os mesmos benefícios angariados pelos Barões e, indo mais além, diz que as limitações aos poderes reais não se implementariam sem o maciço apoio popular.

Aos nossos olhos, a classe popular obteve (e até hoje obtém) benefícios imediatos. Isto porque o advento da Magna Carta inaugurou, sem sombra de dúvidas, um período no qual a força descontrolada do rei passou a ser regradada pela força da lei, direcionada pelos costumes. As condenações à pena de morte, as privações ilegítimas da liberdade, o aumento exacerbado dos impostos tinham, a partir daquela carta selada, um obstáculo formal, verdadeira garantia individual, a ser superado, para, só então, as tais limitações ganharem implementação fática ou não em cada caso. Só por isso, e sem partir para a análise substancial de cada ato parlamentar, os benefícios já seriam visíveis. Assim, com a primazia do Parlamento, e na esteira da *common law* inglesa, a justificação divina do absoluto poder real perde força. O Rei deixa de ser a lei, submetendo-se a ela.

Depois disso, o processo de solidificação e fortalecimento do devido processo legal foi notório e recebeu forte contribuição em solo norte-americano através da colonização inglesa, no despertar do século XVII. Com efeito, a garantia dos ingleses era restrita ao direito de citação prévia e defesa, aliada ao direito de não ser preso sem a evidência de uma justa causa (*procedural dues process*). Outrossim, não havia a possibilidade de questionamento de ser ou não uma lei injusta, pois o Parlamento inglês era dotado de supremacia e seus atos eram inquestionáveis. Entretanto, uma vez embutido o devido processo legal no ordenamento jurídico norte-americano, marcado por características próprias, onde se permitia o controle da legalidade à luz da Constituição, podando os excessos do legislador, afluíram-se a vertente substancial (*substantive due process*) do princípio em referência (LIMA, 1999, p. 40-45), com nítido destaque após a Segunda Grande Guerra e presença notável nos ordenamentos jurídicos esclarecidos.

4.1 Acepção formal

A vertente processual do *dues process* foi fruto da manifesta intenção de delimitar os poderes do Rei João Sem Terra, consoante já narrado linhas atrás. Dita

delimitação foi caracterizada pela imposição de um procedimento formal mínimo antes de qualquer ato real restritivo da vida, liberdade e propriedade dos súditos. Surgia a necessidade de se seguir os trâmites da lei para agredir qualquer dos bens tutelados pela cláusula principiológica em comento, sob pena de ser invalidado o ato de agressão. Inicialmente, buscava-se, por meio do Direito, impedir a prática de atos arbitrários e imotivados por parte do Rei/Estado, fonte de patente injustiça e descontentamento social. Entretanto, num segundo instante, o objetivo ia mais além, pois o processo passava a ser visto como um mecanismo de veiculação de pretensões legítimas não somente contra o Estado, mas também contra terceiros, mediante um rito previamente estabelecido.

E o futuro veio para comprovar a grande utilidade das práticas metodológicas (e o processo é um método) racionais no Direito, mormente no resguardo dos direitos e garantias fundamentais. A evolução social passou cada vez mais a clamar por um processo dotado de legitimidade e razoabilidade. Um processo democrático que possibilitasse à sociedade a concretização expedita de suas pretensões. Assim, o direito a um processo justo transformou-se num típico direito fundamental.²⁰⁸ Foi imperioso notar que as garantias procedimentais embrionárias do sistema inglês, consistentes na citação prévia e defesa, conjugadas à impossibilidade de prisão sem justa causa evidente, foram ganhando mais corpo, agregando paulatinamente em si novas medidas restritivas na imposição de uma penalidade de caráter penal ou no amparo de direitos de outra natureza, consubstanciando aquilo que hoje conhecemos como o devido processo legal formal (*procedural dues process*).

Nesse ponto, foi decisiva a contribuição dos juízes norte-americanos.

Embora nem sempre com posicionamentos favoráveis ao *due processo of law*, a Suprema Corte dos Estados Unidos veio ditando o ritmo da construção do princípio em testilha através da formação paradigmática de alguns de seus julgados, alargando o conteúdo mínimo das garantias procedimentais do devido processo legal, em sua acepção formal, bem como tem lhe atribuído um tom de mutabilidade, adaptando-o ao caso em concreto, sempre na busca de uma tutela jurisdicional mais justa e efetiva, levando-se em conta a natureza do direito material requestado e suas peculiaridades. Tal

208 Sobre essa afirmação, conferir Alexy (2011, p. 489): “É certo que os direitos fundamentais, de um lado, garantem direta e indiretamente a participação no processo democrático. Nessa medida, eles são procedimentais. Mas, de outro lado, na medida em que estabelecem limites materiais a esse processo, eles são não procedimentais.”

assertiva é comprovada *ad exemplum* por meio de dois casos emblemáticos, quais sejam: *Mapp vs Ohio* – 1961 e *Gideon vs Wainwright* – 1963.²⁰⁹

Foi assim, de julgado em julgado, que os pilares do devido processo legal foram erigidos, ponto a ponto, um a um. Contudo, é bom frisar, não existe uma fórmula estática no direito norte-americano referendando mencionado princípio. De fato, o que existem são precedentes que podem ser argüidos e devem ser utilizados dentro de condições específicas, a serem analisadas pelo órgão julgador, de maneira a identificar ou não a necessidade de usar determinada regra procedimental. Porém, Nery Junior acena para algumas regras estruturais do sistema processual americano,²¹⁰ indicando consequências necessárias decorrentes da adoção do devido processo legal naquele referido sistema processual. Referidas consequências merecem transcrição pelo seu relevo e pertinência, quase integral, ao nosso ordenamento:

a) o direito a processo com a necessidade de haver provas; b) o direito de publicar-se e estabelecer-se conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas; c) o direito a uma audiência pública; d) o direito à transcrição dos atos processuais; e) julgamento pelo tribunal do júri (civil); f) o ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual. (NERY JUNIOR, 1997, p. 38)

209 No primeiro deles (*Mapp vs Ohio* – 1961), *Dollree Mapp* não permitiu a entrada de policiais sem mandado de busca em sua residência, travando luta corporal com os agentes estatais, fato esse que motivou a sua prisão. Os policiais terminaram encontrando material pornográfico na residência de *Mapp*, a qual foi condenada pela Corte estadual. Todavia, a Suprema Corte americana anulou o julgado, inocentando-a, por entender que a busca e apreensão era medida restritiva da liberdade, devendo respeitar o devido processo legal. No segundo feito (*Gideon vs Wainwright* – 1963), *Clarence Earl Gideon* foi processado e condenado pela prática de furto, sem assistência de advogado, pois não possuía recursos suficientes para constituir um defensor particular. Mais uma vez em ação, a Suprema Corte anulou a decisão, realçando a necessidade de defesa técnica, edificando mais um importante precedente (LIMA, 1999, p. 76-82).

210 Tais regras seriam: “a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar as testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.” (NERY JUNIOR, 1997, p. 38)

No Brasil, o princípio em voga apenas foi positivado pela Carta Fundamental de 1988. Antes disso, reconhecia-se, em regra,²¹¹ tão-somente, e de forma tímida, uma feição formal ao devido processo legal, limitando-se sua incidência aos lindes do processo penal, como uma mera garantia procedimental implícita. Dita garantia procedimental, com o decorrer do tempo e o advento da Constituição Cidadã, foi expandida também ao processo civil, por endosso da doutrina e jurisprudência intestinas. Atualmente, “A norma positiva tem despertado também um maior interesse do Judiciário e da doutrina nacionais acerca de sua densificação. Não se discute mais a sua presencialidade normativa, mas a sua significação no contexto jurídico brasileiro.” (LIMA, 1999, p. 176).

4.2 Acepção material

O princípio do devido processo legal não se liga apenas ao seu aspecto mais conhecido, consistente na concatenação preordenada de atos colimando um fim respaldado pelo Direito. Certamente, não seria como um simples procedimento na esfera do processo penal que se esgotaria o princípio em comento. Com efeito, uma vez transportado pelos colonos ingleses para solo americano, o devido processo legal evoluiu no desempenho do seu papel de limitar poderes e servir como escudo contra atos arbitrários do Estado. A bem da verdade, a sua ideia conceitual “foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.” (NERY JÚNIOR, 1997, p. 35). A evolução jurisprudencial foi deveras substancial, haja vista que uma nova guinada interpretativa terminou por constituir um princípio jurídico com roupagem processual e material, potencializando o poder de complementação dos juízes.

E essa nova vertente do devido processo legal (*substantive due process of law*) teve sua gênese no caso *Calder vs Bull* – 1798, por meio do qual o voto do *Justice Chase* albergou o entendimento no sentido de que o Judiciário teria o poder de nulificar os atos normativos (*rectius*: leis) contrários aos direitos fundamentais. Embora o resultado do julgamento fosse pela constitucionalidade do ato normativo questionado,

211 Veremos, na seqüência, que se reconheceu, embora de maneira implícita, a versão substantiva do princípio em comento num julgado do STF, mesmo antes do nascimento da Constituição Federal de 1988.

iniciou-se a discussão sobre a possibilidade de se interpretar materialmente o princípio em questão, dotando-lhe de capacidade de fiscalizar o conteúdo das leis. Contudo, algum tempo depois se colocou uma pá de cal na discussão aludida com o julgamento do processo *Mugler vs Kansas* – 1887, onde a Suprema Corte fincou pé no sentido de reconhecer seu poder de fulminar os atos legislativos despidos de razoabilidade, lançando-se, assim, a ideia em destaque como um parâmetro de controle entre a lei e suas finalidades, ficando a cargo do Judiciário dizer sobre aquilo que seria ou não razoável (LIMA, 1999, 107-113).

Mas a consagração do *substantive due process of law* pelo Judiciário americano não foi tão simples assim. Isso porque, entre a segunda metade do século XIX e década de trinta de século XX, o controle de constitucionalidade das leis levado a efeito pela Suprema Corte tinha por alvo, em grande parte, os atos normativos que regulavam a atividade econômica – falava-se inclusive num “devido processo substantivo econômico”. O referenciado controle terminava por criar uma zona de tensão que colocava de um lado o liberalismo econômico, marcado pela política do *laissez faire*, embalado pela ascensão do capitalismo e, de outro, o surgimento de leis de cunho social, tendo por escopo proteger o bem-estar dos cidadãos. Todavia, nem sempre prevaleciam os direitos fundamentais (LIMA, 1999, 115-120).²¹²

Entretanto, foi nítido perceber o novo direcionamento adotado pela Suprema Corte Americana, tomando por norte e sublinhando os direitos fundamentais em detrimento do individualismo econômico. E não poderia deixar de ser diferente. Imperioso verificar a nova modelagem do ordenamento jurídico vigente no mundo ocidental. O ocaso da Segunda Grande Guerra desencadeou um movimento de valorização dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, içando o princípio da dignidade da pessoa humana a um local de destaque no campo do Direito. Tal acontecimento histórico-jurídico veio a fortalecer e ampliar o papel do devido processo legal, mormente em sua acepção substantiva, na concretização de direitos garantidos pela seara constitucional.²¹³

Em solo brasileiro, conquanto despido de amparo normativo, o devido processo legal substantivo foi aplicado pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal, em 1968,

212 Tal afirmação comprova-se no julgamento *Lochner vs New York* – 1905, onde se declarou inconstitucional uma lei que impunha limites de horário à jornada de trabalho de um padeiro, favorecendo a liberdade contratual entre empregado e empregador (LIMA, 1999, p. 122).

no *Habeas Corpus* n. 45.232-GB, cujo Relator foi o Ministro Themístocles Cavalcanti. Não houve menção expressa ao princípio na decisão, mas sua incidência foi presumidamente visível. Isto porque foi declarada inconstitucional uma norma que respaldava a suspensão cautelar do exercício da profissão ou atividades privadas de um acusado no curso de um feito criminal, impedindo-o de prover sua própria existência. E o Supremo seguiu aplicando o referido princípio em outras decisões, ao argumento pelo qual seria despicienda a previsão legal. Previsão legal que veio então pela via da Cártula Constitucional de 1988. Assim, contando também com o endosso da doutrina, firmou-se a vertente substancial *sub oculis* (LIMA, 1999, p. 202-208).

4.3 O devido processo penal substancial e suas possíveis implicações na expansão do direito penal brasileiro

Vimos contenção anteriormente que o nascimento do devido processo legal foi motivado pela premente necessidade de se achatar os poderes da realeza, submetendo-os ao princípio da legalidade. O achatamento se deu por meio de um feixe de limitações embrionariamente de natureza processual penal, com a imposição de garantias procedimentais materializadas na citação prévia e oportunidade de defesa, adligadas à necessidade de justa causa evidente para viabilidade de qualquer prisão. Depois disso, o princípio em voga expandiu-se, alcançando os demais ramos do direito, passando a permear todo ordenamento jurídico, bem como também acrescentou à sua feição procedimental uma nova indumentária material, sendo esta última característica potencializada pelas novas Constituições ocidentais, as quais endossaram a normatividade dos princípios e a textura aberta das normas, ensejando o implemento de novas técnicas hermenêuticas e o enaltecimento da jurisdição constitucional,

213Essa ligação entre a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal reforça o poder de complementação e é retratada com maestria por Soares (2008, p. 68), quando leciona que: “O exame do sentido e alcance da cláusula do *due process of law*, em suas acepções procedimental e substantiva, não pode ser apartada da investigação sobre o significado ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque o devido processo legal se afigura como uma das projeções principiológicas da cláusula mais genérica da dignidade da pessoa humana, despontando como um instrumento capaz de materializar e tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da imensa totalidade dos direitos fundamentais do cidadão.”

materializando, como defendemos ao longo deste trabalho, o poder complementar dos juízes.

Nessa ordem intelectual e delimitando propositadamente a órbita de incidência do devido processo legal ao direito penal e processual penal, podemos conceituar o devido processo penal material desde logo como o conjunto de garantias imprescindíveis, atreladas tanto ao procedimento quanto à justiça da norma penal, a ser utilizado por meio do poder de complementação dos juízes no combate à restrição ilegítima dos bens ou da liberdade humana. Dita imprescindibilidade é inclusive qualificada, pois que sua ordenação emana do inciso LIX, embutido no art. 5º, da nossa Constituição Federal, assim vazado: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ora, tratando-se de uma cláusula pétrea, a interpretação deve ser feita *cum grano salis*, de modo a conferir-lhe máxima efetividade, tanto mais quando a questão subjacente referir-se à tutela penal das liberdades.

Pode-se verificar, assim, que o devido processo penal substantivo então veio constituindo-se em realidade nos países esclarecidos e a jurisdição constitucional americana foi vanguardista em apresentar decisões que terminaram por servir como um norte seguro na positivação de garantias constitucionais em prol daqueles que figurassem na condição de réu numa contenda criminal. Embora já mencionados neste estudo, vale relembrar pela importância os casos *Mapp vs Ohio* – 1961 e *Gideon vs Wainwright* – 1963, onde se assentou a exigência da busca e apreensão respeitar o devido processo legal e a necessidade de defesa técnica aos acusados de crime, respectivamente. Desse modo, pelo primeiro julgado, passou-se a não mais admitir as provas obtidas ilicitamente,²¹⁴ rendendo homenagens à vulgarmente conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*). Já o segundo *decisum* cristalizou a essencialidade de advogado no processo, com a intenção de

214 A doutrina promove a diferenciação das provas ilícitas e ilegítimas a partir da natureza da norma agredida. Violada uma norma de caráter processual, a prova torna-se ilegítima e a sanção é indicada pelo próprio regime processual (art. 207, do CPP). Por outro lado, se a transgressão molestar normas de cunho material, a prova reveste-se de ilicitude e a penalidade emana do direito material (art. 5, inc. LVI da CF). Outro aspecto diferenciador reside no momento da inobservância da norma. A ilegitimidade da prova é detectada na ocasião de sua formação dentro do processo, ao passo em que a ilicitude é resultante de sua colheita externa ao processo, ocorrida antes ou durante a tramitação processual (AVOLIO, 2003, p. 43).

resguardar a paridade de armas, concretizando a ampla defesa e promovendo a igualdade substancial na aplicação do direito penal.

A menção exemplificativa dos julgamentos acima referenciados tem ainda a intenção de demonstrar as peculiaridades do devido processo penal resultantes da magnitude dos bens por si tutelados, corporificada pelo apanágio da indisponibilidade. É justamente por cuidar de bens indisponíveis por regra que o processo penal ganha um tom diferenciador que o especializa em relação aos demais braços do direito. Disso resulta que o direito subjetivo de caráter individualista incrustado às garantias processuais de outros tempos cedeu espaço, ao longo da maturação das ideias constitucionais, à própria noção de ser o processo penal (ele mesmo e por si só) uma garantia de ordem pública formada pela impossibilidade de rejeição a certos atos estruturais estritamente necessários à imposição de uma sanção penal.

Almeja-se, portanto, a construção de um processo penal devido (*rectius*, justo), num sentido abrangente, o qual tenha aptidão de traduzir as garantias constitucionais associadas tanto ao direito penal quanto ao direito processual penal, embalando a formação de um cenário harmônico, no qual restem dum só arremate açambarcados os dois problemas que atormentam a consubstanciação do devido processo penal, quais sejam: eficiência e garantia. Em outras palavras: procura-se legitimar o uso de um direito penal constitucional, quando se fizer necessário, através de um instrumento normativo procedimental que seja eficiente em punir os infratores, portando, ao mesmo tempo no aspecto material, a sutileza de lhes acarretar o menor sofrimento possível. Segundo o escólio de Binder (2003, p. 32), esse seria o ponto de equilíbrio²¹⁵ e perfeição, consistente numa “máxima eficiência na aplicação da coerção penal, embora com respeito absoluto pela dignidade humana.”

Embora de maneira tímida, essa busca pelo devido processo penal substancial vem ganhando espaço no Brasil,²¹⁶ onde a razoabilidade²¹⁷ vem sendo lançada em muitos julgados, mas sempre observando a ideia já referida de trabalho cooperativo

215 E essa busca pelo ponto de equilíbrio e perfeição do devido processo penal antes mencionada tem variado, a depender do local de sua aplicação. O modelo processual norte-americano, aqui sempre adotado como bússola, sinaliza para a inexistência de uma seqüência rígida de atos até a ultimação do processo. É dizer-se, não há imutabilidade do rito, de modo a ser configurada uma espécie de devido processo penal unidirecional. Tudo vai depender da questão que subjaza à lide. Como resultado, temos que a eleição “de procedimentos, caso a caso, tem como consequência a existência de distintas vias procedimentais aptas a alcançar o *due process*” (LIMA, 1999, p. 101).

entre os Poderes, desde que possível, como um princípio a guiar as atividades estatais. Com efeito, por meio da acepção substantiva da razoabilidade, “a lei, o regulamento, o ato administrativo, a decisão judicial são interpretados e aplicados, de forma a otimizar a busca de uma opção hermenêutica e efetiva, com base nos resultados obtidos pela ponderação principiológica” (SOARES, 2008, p. 81), bem como pelo uso dos seus subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não sendo assim, abre-se espaço para o Judiciário invalidar o ato desnudo de razoabilidade,²¹⁸ como sucedeu no julgamento do Recurso Extraordinário 583.523/RS.

Após leitura do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso mencionado, denotamos a utilização do instrumento-princípio como peça principal para desate da lide. O caso trazia como questão de fundo a constitucionalidade (ou não) do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41,²¹⁹ analisado em estado de repercussão geral.²²⁰ Segundo os autos, a denúncia narrava que o acusado já havia sido condenado anteriormente por furto e teria sido flagrado portando injustificadamente um

216 Um bom exemplo encontra-se no *Habeas Corpus* 109.277/SE, tendo por relator o Ministro Ayres Britto, quando Sua Excelência assentou que “o tema da insignificância penal confirma que o ‘devido processo legal’ a que se reporta a Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal substantivo ou material. Não meramente formal.” No aspecto processual, Tucci (2011, p. 66) é um dos componentes da doutrina incentivadora do reconhecimento do devido processo penal brasileiro. Segundo o autor citado, existiriam três postulados básicos a endossar aquele reconhecimento, a saber: i) a exigência de a persecução penal judicial ser desencadeada somente pela existência de um fato típico, ilícito e culpável, aliada aos indícios de autoria, de sorte a impedir a prática de constrangimentos indevidos; ii) a penalização *lato sensu* por meio da jurisdicionalização; e iii) o trânsito em julgado da sentença condenatória como *conditio sine qua non* para a imposição do *ius puniendi*. Ao nosso pensar, quando o autor fala em fato típico, viabiliza a interpretação do devido processo penal material, ante a possibilidade do controle de razoabilidade da tipicidade.

217 Assim como o STF, não vislumbramos efeitos práticos em distinguir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse mesmo tom, com estudo detalhado sobre o assunto, conferir Lima (1999, 280-287).

218 Vejamos a posição aclaradora de Barroso (2012, p. 348) sobre o tema: “o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.”

instrumento de emprego usual para prática de furtos. Na decisão, o relator consignou a infelicidade do artigo ao incriminar de maneira discriminatória indivíduos “não pela prática de fatos delituosos, mas porque, na avaliação subjetiva do legislador, determinados agentes representam ‘alto risco’ para sociedade” dada a possibilidade de cometerem novos delitos. Outrossim, os subprincípios da razoabilidade comandaram a fundamentação.

O STF entendeu que o artigo era inadequado, pois o bem jurídico a ser protegido (patrimônio e incolumidade pública) somente estaria resguardado contra os vadios, mendigos e condenados por furto e roubo ou sujeito à liberdade vigiada, ficando sem guarida quanto às demais pessoas. Também restou desatendido o primado da necessidade, pois se o objeto tutelado fosse realmente tão importante, a penalidade deveria atingir qualquer conduta violadora do tipo, sem restrições. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito não foi respeitada, haja vista que punir condutas segundo critérios discriminatórios (condição social e econômica ou condenação anterior) é mais prejudicial ao corpo social do que a ausência de proteção buscada pela norma penal em comento.²²¹

Através do exemplo retro, torna-se imperioso associar os referenciados subprincípios da razoabilidade aos postulados do direito penal mínimo, viabilizando o

219 Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.”

220 A repercussão geral não encontra definição legal específica e nem a jurisprudência encarregou-se de construir um conceito adequado. Após análise de alguns julgados do STF, com o recurso em comento, pode-se precariamente dizer que a repercussão geral vai existir a partir do número de pessoas a sofrerem os efeitos da decisão. Em outras palavras: maior a quantidade de pessoas envolvidas, maior a repercussão.

221 Com razão Sánchez (2009, p.21), quando complementa afirmando que: “Não supre a ‘necessidade’ da intervenção penal compreender a insuficiência dos mecanismos extrapenais para resolução de determinado problema social. É preciso, também, que o fato em si da intervenção jurídico-penal, assim como a medida de sua intensidade, resultem adequados e proporcionais.” No original: *No basta con la ‘necesidad’ de la intervención penal, entendida como insuficiencia de los mecanismos extrapenales para afrontar un determinado problema social. Es preciso, además, que el hecho en si de la intervención jurídico-penal, así como la medida de su intensidad, resulten adecuados y proporcionados.*

surgimento do devido processo penal substantivo como mais um instrumento na luta contra eventuais arbitrariedades do Estado na criminalização de condutas. Nesse contexto, i) a intervenção penal deve ser eficaz na proteção do bem jurídico, traduzindo-se numa relação razoável entre meio empregado e fim perseguido (adequação); ii) a proteção do bem jurídico só deverá ser realizada pelo direito penal em caso de inexistir outro instrumento menos agressivo à dignidade humana e mais efetivo nessa missão (necessidade ou vedação do excesso); iii) a restrição a um direito individual deve ser justificada pela manutenção de um direito de maior envergadura (proporcionalidade em sentido estrito).²²² Caso contrário, o poder de complementação deve atuar em sua vertente mais extrema, qual seja, reconhecer a inconstitucionalidade da norma.

Portanto, o devido processo penal material pode ser encarado então como mais um mecanismo na solidificação do minimalismo penal, auxiliando no empoderamento da dignidade humana. É mais um instrumento a agregar subsídios na negação de leis penais ineficazes, desnecessárias e desproporcionais. Diante de tais premissas, o legislador pátrio deve estar atento ao uso do direito penal como *ultima ratio*, o qual não pode se erigir em instrumento imediato de satisfação dos anseios populistas, através de respostas simbólicas ou mesmo expandindo-se para alcançar condutas que poderiam receber tratamento adequado em outras searas jurídicas. A criminalização restringe direitos fundamentais e, por isso, deve ser dosada de forma racional, mínima.

5. O funcionalismo penal e sua legitimidade constitucional e doutrinária

O reconhecimento do funcionalismo penal como instrumento-doutrina a ser inserido no sistema penal brasileiro, irradiando seus efeitos na solução dos casos em concreto sobre matéria penal, é uma proposta legítima. Dita legitimidade reside no fato

222 Sobre o tema, conferir a doutrina espanhola de Ripollés (2005, p. 135), quando aduz que: “Em um nível inferior de compreensão, também não se pode deixar de mencionar certo número de posturas doutrinárias que, cada vez com mais frequência, utilizam o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso como vetor capaz de arrastar a maior parte das referências valorativas pertinentes para uma teoria da criminalização, isto é, para identificação dos conteúdos de tutela do Direito Penal. Essas correntes doutrinárias costumam apoiar-se em um conceito amplo de proporcionalidade, composto por três elementos diferenciados – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito – e que toma por base, ou inclui de forma relevante dentro de si, o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos.”

de ser o funcionalismo uma doutrina estribada em preceitos do garantismo. A mencionada legitimidade também se extrai do novo momento experimentado pelo constitucionalismo contemporâneo, possibilitando aos juízes ampliarem os anseios constitucionais, reconhecendo, pela via do poder complementar, novas teorias e seus princípios correlatos, colimando a realização da justiça penal do caso concreto.

Adentrando no assunto, cumpre-nos, desde logo, explicar que o funcionalismo penal é uma doutrina ainda em formação, embora já venha sendo aplicada timidamente no Brasil, nascida nos primórdios de 1970, na Alemanha, por intermédio da obra de Claus Roxin, Política criminal e sistema de direito penal (*Kriminalpolitik und strafrechtssystem*), e que buscou inspiração no funcionalismo sociológico, mormente nas ideias de Émile Durkheim.²²³ No pensamento sociológico, a ideia ora em apreço consiste em descortinar qual a verdadeira função específica desempenhada por cada instituição dentro do seu contexto social. Com isso, cada segmento deve cumprir com perfeição o seu papel para o bom andamento de toda sociedade como resultado final.

Transportada para o direito penal, as ideias funcionalistas induzem a um questionamento exordial: qual a função do direito penal no contexto social? A bem da verdade, referida questão é um dos pontos atuais de maior tensão entre os doutrinadores ligados ao tema, ensejando grande divergência de entendimentos. Contudo, para otimização de nosso trabalho, responderemos àquela pergunta ao lume das ideias funcionalistas de Claus Roxin e Günther Jakobs. Para o primeiro, a função primordial do direito penal é garantir uma vida harmônica em sociedade, protegendo bens jurídicos legítimos, desde que não possam receber proteção de outros meios menos gravosos à liberdade (ROXIN, 2013, p. 16-18). Por outro lado, o segundo doutrinador reformula a noção de bem jurídico, confundindo-o com a própria norma, de modo que a função do direito penal seria defender o sistema normativo por meio da pena (JAKOBS, 2003, p. 4).²²⁴

A partir da função aventada ao direito penal por cada um dos doutrinadores aludidos, podemos concluir que o funcionalismo roxiniano é mais propício a ser acolhido pela nossa Constituição, eis que atento aos postulados do garantismo, pois

223 Pertinente a transcrição do seguinte trecho: “A palavra *função* é empregada de duas maneiras bastante diferentes. Ora designa um sistema de movimentos vitais, fazendo-se abstração das suas conseqüências, ora exprime a relação de correspondência que existe entre esses movimentos e algumas necessidades do organismo. (...) é nessa segunda acepção que entendemos a palavra.” (DURKHEIM, 2012, p. 13) (grifo original)

permanece fiel ao conceito de bem jurídico decorrente do período ilustrado. D’outra banda, embora seja extrema de dúvida toda carga de contributiva do professor Jakobs para o desenvolvimento do funcionalismo,²²⁵ imperioso notar que suas ideias não encontram guarida em ordenamentos garantistas, nos quais a dignidade do homem se erige em fundamento constitucional.

Isso porque, dentro do funcionalismo jakobsiano, o homem é posto num plano secundário, figurando como instrumento a serviço da manutenção do sistema normativo, deturpando o ideal contratualista.²²⁶ A partir das ideias de Hegel, Jakobs (2003, p. 3-4) defende que o delito é um ato falho de comunicação que contradiz a norma ao passo que a pena é o caminho para confirmação da norma violada. Assim, “a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outro modo.” Daí se verifica que o homem transforma-se em meio utilizado na perpetuação do sistema, em pleno desprestígio ao princípio da dignidade. Trabalharemos, por tais razões, doravante, o funcionalismo de Claus Roxin.

Após todas as conquistas resultantes das Revoluções Liberais afetas ao direito penal, surgiu a necessidade de se montar um sistema legítimo e, portanto, apto a viabilizar a aplicação de uma pena como consequência de um crime, tendo a proteção de um bem jurídico como meta. A partir de tal prisma, os principais sistemas que buscaram estruturar a teoria do delito podem ser resumidos sucintamente em três, quais sejam: a) causalista, centrado no positivismo, o qual pecava pelo excesso formalista e por utilizar as técnicas das ciências físico-experimentais; b) causalista, atrelado às ideias do neokantismo, atribuindo uma nova dimensão valorativa ao direito penal, porém, sem

224 Jakobs (2009, p. 63-64) chega a afirmar que: “Não é a causação de uma morte que configura lesão de um *bem jurídico-penal* (trata-se de mera lesão de um bem), mas a desobediência normativa contida no homicídio evitável.” E mais adiante arremata afirmando que: “O bem jurídico penal-penal é a vinculatoriedade prática da norma.” (grifos originais)

225 Como contribuições de destaque, mencionamos suas ideias sobre a proibição de regresso e o princípio de confiança (JAKOBS, 2003, p. 93-105).

226 “O funcionalismo moderado diverge radicalmente das teses de Jakobs, pois não aceita a legitimidade do direito penal, que tem como missão a mera garantia de vigência de normas ou de expectativas de comportamentos. A política criminal roxiniana tem por base a tutela de bens específicos, necessários ao livre desenvolvimento dos indivíduos, e não a manutenção da ordem normativa em si”. (BOTTINI, 2013, p. 84)

oferecer um conteúdo normativo preciso; e c) finalista, o qual se estriba em estruturas lógico-objetivas imutáveis, guiadas pela finalidade humana, sendo hoje o sistema adotado pelo nosso código penal vigente (BITENCOURT, p. 113-122).

A teoria do delito veio então adquirindo paulatinamente nova roupagem, num processo iniciado no século XIX, mas ainda sem final aparente.²²⁷ Dizemos sem um final aparente, porque o atual sistema finalista de Welzel não vem respondendo a contento parte dos problemas que demandam a intervenção penal. Algumas condutas vêm sendo analisadas de forma idêntica ao advento do finalismo, à luz de uma estrutura estável e já arcaica da sistematização delitiva, em descompasso com os novos tempos. As bases de todos os sistemas antes mencionados foram de grande valia em suas épocas e trouxeram elementos que instrumentalizaram a atual sistemática. Todavia, a evolução social, hoje pautada na imprescindível convivência com o risco,²²⁸ está a exigir mais racionalidade do direito penal.

É nesse quadrante de reestruturação social ora apresentado que vem ganhado força a corrente dogmática expressa no funcionalismo penal roxiniano, o qual pode ser encarado como a mais nova doutrina penal com nítida intenção de superar o sistema finalista. Entretanto, não se pretende rejeitar o aludido sistema em sua inteireza, haja vista a incorporação de grande parte dos seus institutos, ficando claro, dessa maneira, a primazia do “ecletismo metodológico”,²²⁹ notado na absorção de ideias já existentes. O funcionalismo, nas palavras de Claus Roxin (2002, prefácio), seria uma teoria por meio da qual “o injusto típico deixa de ser um acontecimento primariamente causal ou final,

227 Sobre o processo evolutivo em apreço, Queiroz (2013, p. 167), adepto do funcionalismo, acrescenta que o sistema “não é um estado final de elaboração dogmática, mas um momento desta, não um fim, mas um meio, flexível, provisório, aberto ao problema, que não se justifica por si mesmo, nem por sua coerência ou rigor lógico, mas por seus resultados e funções. Determinante, portanto, há de ser sempre a solução da questão de fato”.

228 Como já visto no terceiro capítulo, Beck expõe as consequências dos influxos ocasionados pelos riscos advindos com a industrialização e potencializados num mundo globalizado e com limites territoriais encurtados pela tecnologia. O direito penal é certamente um dos setores sociais atingidos pelos efeitos dessa novel configuração social.

229 O termo é utilizado por Bitencourt (2014, p. 122), quando referencia a obra *Aproximación al derecho penal contemporáneo* de Sánchez.

para tornar-se a realização de um risco não permitido dentro do âmbito (isto é, do fim de proteção) do respectivo tipo”, atentando-se para pontos de vistas político-criminais.

O foco principal é rejeitar o formalismo exagerado, fechado num sistema incapaz de materializar a justiça tão almejada em cada caso concreto tutelado pelas normas penais. O funcionalismo de Roxin propõe uma maior abertura do sistema finalista aos comandos oriundos da criminologia e da política criminal,²³⁰ numa espécie de junção entre direito penal (saber normativo), criminologia (saber empírico) e política criminal (saber estratégico), “devendo o direito penal ser criminologicamente fundado e político-criminalmente orientado” (QUEIROZ, 2013, p. 55). Nesse passo, embora determinada conduta típica receba encaixe perfeito no sistema finalista hoje reinante, segundo o funcionalismo, não deve receber a imediata atenção do direito penal se não ocasionou um risco proibido pelo tipo. No funcionalismo, as peculiaridades do caso em concreto devem sempre ser analisadas com a possibilidade de rejeição do sistema, desde que seja realizada a justiça.

Totalmente aberto às dimensões empíricas, o funcionalismo vê grande receptividade nos princípios, dada a possibilidade ampla de interpretações e, por conseguinte, uma gama maior de respostas adequadas a um determinado caso, ensejando maior chance de promover justiça, daí sua perfeita ligação ao poder complementar judicial. Roxin (2002, p. 63) deixa de lado a concepção finalista do delito e enuncia propor “uma dogmática plena de dados empíricos, que se ocupa das realidades da vida de modo muito mais cuidadoso que um finalismo concentrado em estruturas lógico-reais um tanto abstratas”. O funcionalismo, então, relativiza o sistema edificado pela teoria do delito, colocando-o como um meio, e não um fim, na realização da justiça. Fazendo isso comunga do pensamento de Feyerabend (2007, p. 37-38), quando verbera que “dada qualquer regra, não importa quão ‘fundamental’ ou ‘racional’,

230 A criminologia deve ser entendida como uma ciência voltada ao estudo da etiologia do crime e do criminoso, indicando formas viáveis de controle do delito. Por sua vez, a política criminal diz respeito aos mecanismos utilizados na administração e contenção do crime. Razão disso, no presente trabalho, criticamos qualquer política criminal expansionista, caso desnecessária. Com efeito, Dias e Andrade (2013, p. 107) salientam que: “Na medida em que a política criminal se proponha a atingir os seus *fins* e dar corpo aos seus valores através do direito penal, terá de o fazer respeitando os seus princípios estruturais, eles próprios igualmente aquisições civilizacionais irrenunciáveis e, por isso, também *valores políticos*.” (grifos originais)

sempre há circunstâncias em que é aconselhável não apenas ignorá-la, mas adotar regra oposta”.

Tentamos até aqui demonstrar o surgimento do funcionalismo, suas propostas e o seu enquadramento no atual contexto social do risco. Entretanto, de nada adiantaria discorrer sobre um novo pensamento que fosse estéril, que não trouxesse nenhuma contribuição para evolução científica. Razão disso, cumpre-nos fazer a junção entre a teoria e a prática, explicando de que maneira o funcionalismo e o poder de complementação dos juízes apresentam melhorias na teoria do delito e também na teoria da pena. As contribuições científicas nas áreas referenciadas dizem respeito aos anseios de imprimir maior racionalidade ao toque do direito penal, restringindo-o ao mínimo possível, e, com isso, promover a depuração da culpabilidade penal, fomentando a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Inserindo as ideias funcionalistas no sistema criminal brasileiro, cada categoria da dogmática do delito vai passar a ser analisada de acordo com a função por si desempenhada. Dada a natureza específica do nosso estudo, a qual impossibilita giros mais extensos, preferimos delimitar o enquadramento do funcionalismo às categorias da tipicidade e culpabilidade, eis que, aos nossos olhos, foram nessas áreas as maiores e mais importantes contribuições. Além disso, são as categorias da teoria do delito que mais podem ser modeladas pelo poder de complementação dos juízes,²³¹ como veremos em exemplos adiante selecionados. Direcionado o foco, passaremos imediatamente primeiro à análise da tipicidade.

A noção de tipicidade decorre do princípio da legalidade, eis que o tipo indica por meio da lei uma determinada conduta abstratamente proibida. Realizada a conduta vedada pela lei penal, surge a tipicidade, a qual pode ser conceituada como “a conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal” (BITENCOURT, p. 2014, p. 346). A tipicidade evoluiu, desde o sistema causal até o atual sistema, calcada no finalismo de Welzel, buscando racionalizar os critérios de imputação da responsabilidade penal. Se, no início, era necessária a análise da tipicidade, culpabilidade e antijuridicidade para se chegar a uma decisão sobre a existência do crime em seus aspectos subjetivos, hoje tudo pode ser resolvido já no

231 A moderna tipologia, por exemplo, trouxe muito poder para o juiz, haja vista que “o tipo penal prescreve a conduta que supostamente extrapola o risco permitido, mas não diz qual é realmente o seu conceito.” (NETTO, 2006, p. 111) É o juiz quem vai dizer qual conduta constitui-se ou não num risco proibido.

estudo do primeiro elemento.²³² Isto porque o dolo e a culpa hoje fazem parte da conduta, a qual se encontra no tipo, tudo graças ao sistema finalista.

Entretanto, se os aspectos subjetivos do delito passaram a receber análise já no primeiro elemento do crime, a parte objetiva ainda permanecia muito extensa, clamando por delimitação. O finalismo não conseguia explicar a exclusão do crime, já na tipicidade, em algumas situações, nas quais, por exemplo, o dolo era evidente, mas não havia conduta objetiva a ser punida. Nessa toada, pautando empiricamente na ideia do risco proibido/permitido, surge, dentro do funcionalismo penal, a imputação objetiva, como mais um elemento a ser aferido na existência (ou não) do crime.²³³ O próprio Roxin (2012, p. 102) fornece o exemplo de A que deseja a morte de B, sugerindo-lhe fazer uma viagem à Flórida, pois leu num jornal que os homicídios contra turistas se intensificaram naquela localidade. B acolhe a sugestão, viajando para Flórida, onde é assassinado.

No exemplo em tela, ninguém duvida da presença dos aspectos subjetivos do delito, ou seja, a intenção de A era a morte de B. Por sua vez, existiu o nexo causal entre a conduta e a morte, perfazendo a parte objetiva do crime. Portanto, segundo o finalismo, estaria perfeito o primeiro elemento do crime e, sem a presença de causas de exclusão da ilicitude ou culpabilidade, o próprio crime estaria caracterizado. E como se resolveria o exemplo pela imputação objetiva? O primeiro passo é considerar se a conduta praticada por A é causadora de um risco proibido ou permitido. Pergunta-se: sugerir viagens a determinados locais é uma conduta compatível com uma ação de homicídio? É óbvio que a resposta só pode ser negativa. Por esse motivo, a tipicidade da conduta de A, embora traga os aspectos subjetivos em sua completude, não sobrevive ao

232 Adotamos a classificação tripartida do delito, perfilhando a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade como os elementos do crime.

233 A propósito, Sánchez (2003, p. 151) explica que: “A concepção dominante do tipo já não corresponde a uma teoria subjetivista ou finalista do injusto pessoal, mas se canaliza através da referência à ‘teoria da imputação objetiva’, ainda que não se tenha alcançado um acordo definitivo sobre como deve ficar constituída uma teoria do injusto pessoal, desenvolvida a partir dos pressupostos desta teoria teleológico-valorativa. Não há dúvida de que essa mudança de paradigma tem oferecido todo um novo arsenal conceitual e um novo vocabulário para resolver os problemas que apresenta o tipo de injusto dentro da teoria jurídica do delito (imputação de resultado, tipos de autoria e de participação, tentativa, determinação do dever de cuidado e etc.).”

filtro da imputação objetiva, pois o tipo objetivo não foi preenchido. Melhor dizendo, a conduta de A não criou ou incrementou nenhum risco não permitido.

Após a descrição do caso prático, a imputação pode ser conceituada como um filtro de delimitação do nexos causal, lastreada em critérios que visam racionalizar a imputação criminal. Roxin (2012, p. 104) explica que o tipo objetivo somente estará preenchido quando “o autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)”. Imaginemos agora uma hipótese de imputação. Um policial entra no banho e esquece sua arma municiada sobre a mesa por dez minutos. O seu filho de oito anos, ao manusear a arma, termina desferindo um tiro em si próprio, vindo a falecer. Na hipótese, houve a criação de um risco proibido (deixar a arma em local de livre acesso ao seu filho); o risco se realizou no resultado concreto (a ausência de acautelamento provocou a morte); o resultado está afeto ao tipo (o resultado morte encontra-se na esfera do homicídio culposos).²³⁴ Crime caracterizado objetivamente.

Para cumprir a sua finalidade de obstar o nexos causal, tendo em mira a ideia do risco, a imputação objetiva insere no juízo de tipicidade alguns pontos de partida para solução justa dos casos concretos, complementando-o. Dentre os tais pontos, podemos mencionar o princípio da confiança, o qual preconiza que devemos acreditar que todos os comportamentos serão realizados de acordo com o direito. Assim, se o sinal de trânsito permite ao veículo seguir adiante, presume-se que nenhum pedestre irá atravessar a avenida naquele momento. Caso um pedestre atravesse a avenida na situação ventilada e seja atropelado, o motorista não criou nenhum risco proibido, mesmo que estivesse distraído ao telefone, por exemplo.

Outro ponto que merece realce consiste no princípio da autocolocação em situação de risco, o qual, como o próprio nome indica, consiste em exclusão da tipicidade objetiva na hipótese em que a vítima tem uma visão perfeita do risco e mesmo assim deseja praticar determinada conduta. Pode ser exemplificado na hipótese de A vender cocaína a B, vindo B a falecer em virtude de *overdose*. No caso descrito, a

234 Aqui é importante notar a própria reestruturação do crime culposos pela imputação objetiva, uma vez que “Os conceitos com os quais a dogmática tradicional tentou apreender a culpa – violação do dever de cuidado, previsibilidade, reconhecibilidade, evitabilidade – são supérfluos e podem ser abandonados, pois aquilo que se deseja dizer através deles pode ser descrito de modo bem mais preciso pelos critérios de imputação por mim expostos.” (ROXIN, 2012, p. 116)

conduta de A implica um risco proibido, pois realizou tráfico de drogas. Entretanto, a morte de B, embora fosse previsível, não integra o tipo de vender drogas. Usando as palavras de Roxin (2012, p. 108) para um caso semelhante: “o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima”. Pela imputação objetiva, o exemplo citado resolveria em tráfico de drogas apenas. Para o finalismo hoje reinante no Brasil, o desfecho poderia ir do homicídio culposo até mesmo ao homicídio doloso eventual, sem prejuízo do tráfico de drogas.

Em julgado paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou com maestria o instrumento-doutrina em tela, utilizando a teoria da imputação objetiva. Na relatoria do Habeas Corpus 46.525/MT, o então Ministro Arnaldo Esteves Lima procedeu ao trancamento de uma ação penal, por atipicidade, adotando os conceitos indicados pela teoria em voga. O caso se referia a um homicídio ocorrido numa festa promovida pela comissão de formatura de determinada faculdade. Um estudante morreu afogado na piscina, após ter feito uso de substâncias psicotrópicas, e o Ministério Público denunciou os integrantes da comissão de formatura por homicídio culposo, dada a previsibilidade do fato. Em trechos do julgado, restou clara a adoção do princípio da autocolocação em situação de risco, do princípio da confiança, havendo menção expressa à imputação objetiva e também sobre a necessidade de demonstrar o risco proibido criado pelos agentes.²³⁵

Por fim, a imputação objetiva acena ainda para o critério da diminuição do risco como mecanismo de exclusão do nexo causal material. Imaginemos a situação ocorrida numa via pública e bastante movimentada de veículos em que A, percebendo que B será fatalmente atropelado, empurra-o na direção da calçada, evitando o atropelamento.

235 Razão disso, é válida a transcrição dos seguintes trechos: “Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, pois ausente o nexo causal (...) Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma comissão de formatura um rigor na fiscalização da substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa (...) Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, ou seja, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu *in casu*, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados (...)”

Todavia, B sofre lesões corporais ao cair na calçada devido ao empurrão sofrido. Pergunta-se: A pode ser responsabilizado penalmente? O sistema finalista não conseguiria explicar com racionalidade a exclusão do crime quando da análise do seu primeiro elemento. A dita exclusão poderia surgir no segundo (ilicitude) ou terceiro (culpabilidade) elemento. Em contrapartida, o sistema funcionalista, pela imputação objetiva, utilizaria um critério racional, indagando-se se o risco foi criado ou incrementado para fins de responsabilização. Como na hipótese em comento o risco foi diminuído, a tipicidade objetiva não estaria presente e o crime não existiria.

A culpabilidade e suas transformações decorrentes do funcionalismo é *hic et nunc* a categoria a ser estudada por nós. Com efeito, dentro da atual sistemática do delito, a culpabilidade é vista como terceiro elemento do crime e pode ser conceituada sinteticamente como o “critério limitador da pena” (REALE JÚNIOR, 2013, p. 184). Para o finalismo, presente a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade na conduta, a aplicação de pena é medida obrigatória, sem que o aplicador da lei possa atentar-se às circunstâncias específicas do caso em concreto, aos dados empíricos da situação. As estruturas inflexíveis e herméticas do atual sistema referido não colaboram para concretização de uma política criminal pautada nas ideias garantistas e, por isso, terminam indo de encontro aos anseios constitucionais.

Contudo, consoante já explicitado neste trabalho em linhas atrás, vivemos em uma nova fase do direito constitucional, na qual os princípios ganharam força normativa e o poder complementar dos juízes passou a densificar as normas constitucionais na prática da jurisprudência, inclusive criminal. Razão disso, a própria interpretação ganhou um novo viés, voltando-se para o recinto da Constituição. E no campo do direito penal, a culpabilidade vem sendo aos poucos relativizada (*rectius*, funcionalizada) em prol do cumprimento de suas verdadeiras funções. É nesse ponto que reside a legítima contribuição do funcionalismo em decorrência do constitucionalismo contemporâneo.

Por certo, a culpabilidade é vislumbrada juntamente com a finalidade advinda dela própria, a saber, a função atribuída à pena criminal. Aqui, podemos perceber a atuação do funcionalismo, ligando a teoria do delito e a teoria da pena. Bem por isso, Queiroz (2013, p. 175) chega a afirmar que “o funcionalismo pretende unir assim a teoria do delito à teoria da pena ou integrar política criminal e dogmática penal, temas tradicionalmente tratados de forma separada”. E qual seria o bônus decorrente dessa citada junção? Ao incorporar os fundamentos do funcionalismo, a culpabilidade deixa

de trabalhar individualmente na tarefa de dizer os limites da penalidade. Isso porque surge através do funcionalismo roxiniano a figura da responsabilidade penal.²³⁶

Como pode ser verificado, Roxin cria a categoria da responsabilidade penal, a qual pode ser definida como a existência de necessidade da punição. Disso resulta que num determinado caso concreto, embora possa existir culpabilidade, o juiz estaria legitimado, através do seu poder complementar, a dizer que a pena se tornou desnecessária. Como exemplo, imaginemos que A furtou determinado objeto de valor, ficando preso preventivamente por 03 (três) meses desde a data do fato delitivo. Depois de solto, o processo demorou cerca de 06 (seis) anos para alcançar o trânsito em julgado, com a condenação de A em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de detenção. Entretanto, nesse intervalo de tempo, A se casou, teve dois filhos, já se encontra trabalhando honestamente há mais de 05 (cinco) anos, sem ter praticado mais nenhum ato ilícito. Pergunta-se: os 03 (três) meses de prisão provisória, diante da atual situação de A, já não seriam suficientes? Ainda subsiste realmente a necessidade da pena integral?

É para situações como a retratada no exemplo anterior que o funcionalismo mostra-se com grande aptidão de promover justiça, sem apegos aos formalismos inúteis²³⁷. Os dados concretos de cada caso são avaliados pelo magistrado, o qual deve estar atento ao texto constitucional e ciente do seu poder complementar. Ninguém duvidaria de que na hipótese em questão A, já completamente (re)integrado à sociedade, não mais necessitaria cumprir a íntegra da pena que lhe foi imposta. Isso é funcionalismo penal. É priorizar as funções de cada instituto e, no fim, prestigiar os valores fundamentais talhados na Constituição, principalmente a dignidade da pessoa humana, por meio da

236 “Em meu sistema, a culpabilidade não é a única limitação ao direito estatal de punir – com o que me afasto da opinião dominante. Eu extraio de normas do Código Penal alemão e da Constituição – sem poder fundamentá-lo em detalhes, o que já foi feito em outras publicações – que a pena pode ser excluída no caso de culpabilidade em si existente, mas bastante reduzida, por não existir necessidade preventiva de punição. Em tais hipóteses, não falo em exclusão da culpabilidade e sim da responsabilidade penal.” (ROXIN, 2012, p. 73)

237 Sobre uma nova concepção da culpabilidade, Tangerino (2014, p. 251) aduz que “o direito penal pode reequacionar seu caráter ético. Desvinculando-se da pena, abdica do poder punitivo em prol de soluções mais dignas e socialmente desejáveis; dentro da racionalidade penal moderna, reforça os filtros de contenção do poder punitivo, a partir de um conceito de culpabilidade mais coerente com a realidade humana e social, bem como com os próprios pressupostos da dogmática jurídico-penal.”

racionalização da forma mais drástica de intervenção, qual seja, o toque do direito penal.

Por todo explanado até agora, podemos concluir que as categorias estáticas do sistema finalista devem se abrir para as ideias do funcionalismo, absorvendo uma política criminal atrelada à construção dogmática. A verdade é que o direito penal se fechou para um mundo que evoluiu a passos largos e, por isso, tornou-se um direito anacrônico, sem capacidade de produzir a tão sonhada justiça. Com lucidez, Roxin (2002, p. 85) denuncia que:

A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva a custo da justiça.

Para concretizar nossa proposta, é preciso que os operadores do direito penal, mormente os juízes, passem a trabalhar com as ideias funcionalistas, suavizando o legado do positivismo, sempre no afã de concretizar a justiça. E o primeiro passo para que isso aconteça é entender que as ramificações do funcionalismo penal roxiniano tem encaixe legítimo no nosso ordenamento jurídico,²³⁸ como restou demonstrado pelos vários exemplos listados ao longo desse estudo. Além de tudo isso, trata-se de uma teoria cuja essência tem acalanto no âmago de nossa Constituição, conforme já demonstrado. E, por fim, sublinhamos que as características no neoconstitucionalismo antes delineadas, acentuadamente o poder complementar dos juízes, apresentam-se como aportes legítimos para viabilizar a materialização dessa nova doutrina de gênese alemã.

238 Por isso, não comungamos da maioria dos julgados que pregam o contrário, consoante pode ser observado na seguinte ementa, oriunda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: APELAÇÃO CRIME. JOGOS DE AZAR. MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS. ART 50, CAPUT, DA LCP. SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA. TESE NÃO RECEPCIONADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1- Comprovada a ocorrência e a autoria do fato típico, antijurídico e culpável, a condenação é medida que se impõe. 2- O monopólio das loterias exercido pelo Estado não implica em autorização aos particulares para a exploração de máquinas caça-níqueis (MEP s), dada a inexistência de previsão legal. 3- Inaplicável, na espécie, a teoria da imputação objetiva, não recepcionada pelo ordenamento jurídico. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71004180154, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 25/03/2013)

6. A interpretação conforme a Constituição e sua vinculação ao princípio da lesividade

O último instrumento a ser aferido é a interpretação conforme a Constituição, ao qual atribuímos a denominação de instrumento-interpretativo pelos motivos já declinados no início deste capítulo. Considerado por parte da doutrina como um princípio,²³⁹ corrente à qual nos filiamos, a interpretação conforme teria duas funções bem definidas, a depender da maneira de sua utilização. Desse jeito, quando utilizada no controle de constitucionalidade difuso-incidental (exercido por qualquer juiz ou tribunal), seria uma técnica de melhoria da interpretação levada a efeito por juízes e tribunais na busca de encontrar aquela via interpretativa que melhor ajuste a legislação infraconstitucional ao espírito da Constituição. Por sua vez, caso sua utilização ocorra no controle de constitucionalidade concentrado-principal (exercido somente por uma Corte constitucional), sua atuação faz as vezes de um mecanismo de controle de constitucionalidade,²⁴⁰ expurgando do ordenamento jurídico interpretações

239 Segundo Barroso (2011, p. 325), dita técnica seria em verdade um princípio com uma finalidade de aprimorar a atividade interpretativa e ainda permitir o controle de constitucionalidade. “Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição.” E prossegue explicando que “Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirmar* uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição.” (destaques originais) Também vislumbrando um princípio, de forma redundante, Canotilho (2003, p. 1310): “O princípio da interpretação conforme a Constituição é um princípio geral de interpretação.” Conferir, em sentido contrário, Laurentiis (2012), o qual, em trabalho específico e de grande alcance sobre o tema, não se refere em nenhum momento sobre a interpretação conforme como princípio.

240 Tal constatação reforçada pela dicção do parágrafo único do artigo 28, da Lei nº 9.868/99, que reza o seguinte: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

incompatíveis com o texto constitucional para, ao mesmo tempo, ratificar aquela opção interpretativa legítima.²⁴¹

Disso resulta que a implementação do princípio em comento somente será admitida na ocorrência de choques de interpretação envolvendo um mesmo comando normativo,²⁴² o qual pode ser uma lei inteira ou apenas segmentos de lei. A ideia primordial é preservar, sempre que possível, a atividade do legislador, resguardando a harmonia entre os três Poderes. Isso porque a produção das leis reveste-se da presunção *juris tantum* de constitucionalidade. Justamente por tal motivo, a declaração de inconstitucionalidade deve ser medida extrema e excepcional, devendo o intérprete sempre atuar na direção do caminho que preserve a vivência da norma. Contudo, vale lembrar, vimos no capítulo segundo que o garantismo inverte essa presunção no caso das leis criminais, defendendo que as restrições dessa natureza já nascem eivadas de inconstitucionalidade, indicando a necessidade da constante existência da dúvida, do espírito crítico e da incerteza ante o aspecto substancial da lei penal e de sua utilização.

Historicamente, a primeira aparição da interpretação conforme a Constituição no direito brasileiro é controvertida. Mendes (1996, p. 268-269) aponta a Representação 948, com relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada em 27 de outubro de 1976, a qual discutia a (in)constitucionalidade do artigo 156 da Constituição do Estado de Sergipe, como julgado mais antigo a fazer uso da interpretação conforme a Constituição. Discordando, Laurentiis (2012, p. 49) afirma que a primeira menção teria ocorrido na Representação 1.417/DF, também relatada pelo Ministro Moreira Alves, julgada em 04 de setembro de 1987, versando sobre a (in)constitucionalidade do parágrafo terceiro do artigo 65, da Lei Complementar nº 35/79. Após análise dos julgados, concluímos que na Representação 948, embora não se faça menção expressa à interpretação conforme a Constituição, houve sim o afastamento de interpretações ilegítimas, vigorando ao final o dispositivo pela única interpretação viável, assistindo razão ao hoje Ministro Gilmar Mendes.

241 Reforçando, “no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição.” (MENDES, 1996, p. 268)

242 A propósito, conferir a ADI-MC 1.344/ES, julgada em 19.04.1196, com relatoria do Min. Moreira Alves, quando a ementa do julgado constou que não deve ser utilizada a interpretação conforme a Constituição quando “o sentido da norma é unívoco.”

Outro aspecto histórico de muito relevo para compreender os efeitos práticos do instrumento *sub ocellis* no Brasil é pertinente a influência predominante exercida pelo direito norte-americano e alemão. Como cediço, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade,²⁴³ formado pelo método norte-americano difuso-incidental, no qual é permitido o exercício do controle de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público por qualquer juiz ou tribunal no bojo de um processo, bem como pelo método alemão concentrado-principal, onde só ao STF é dado ministrar o controle de constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais, ante a Constituição Federal, cabendo, ainda, aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal o mesmo controle diante dos atos normativos estaduais ou municipais à luz das Constituições²⁴⁴ de cada Estado da Federação (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 311).

Apresentamos, grosso modo, as bases do sistema de constitucionalidade brasileiro, para explicar que os efeitos resultantes da utilização do presente instrumento-interpretativo serão distintos a depender do método empregado. Enquanto técnica de interpretação da lei, aplicada no método difuso-incidental, a interpretação conforme produzirá efeitos somente entre as partes do processo,²⁴⁵ sem maior abrangência, mas permitindo a resolução mais adequada ao caso concreto. Contudo, se aproveitada através do método concentrado-principal, como técnica de controle de constitucionalidade, tem enorme alcance social, uma vez que os efeitos do julgamento vão irradiar-se de forma ampla e generalizada por todo país, rejeitando todo modo de interpretação sem amparo na Constituição, a teor do já citado parágrafo único do artigo

243 Esse é o entendimento dominante, valendo conferir nesse sentido Clève (2000, p. 75) e Laurentiis (2012, p. 42).

244 No caso do Distrito Federal, cuida-se de Lei Orgânica (SILVA, 2000, p. 628).

245 Há, entretanto, uma forte inclinação do STF em expandir os efeitos jurídicos das suas decisões no controle difuso-incidental quando detectada de maneira definitiva a inconstitucionalidade de uma lei. Foi o que aconteceu recentemente no julgamento da Reclamação 4.335/AC, julgada em março de 2014, quando se reconheceu que a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º, da Lei 8.070/90, ocorrida na via incidental do HC 82.959/SP, julgado em fevereiro de 2006, deveria expandir seus efeitos *erga omnes*, beneficiando todos os acusados impedidos de progressão de regime em crimes hediondos, independentemente de cumprimento do artigo 52, inciso X, da CF. Essa tendência é mais um fundamento em prol do poder de complementação e que foi utilizado com intuito de reduzir o alcance penal.

28, da Lei n° 9.868/99. Mas até que ponto o Poder Judiciário teria legitimidade para escolher a “melhor”²⁴⁶ opção interpretativa?

Antes, porém, de responder ao questionamento anterior, cabe diferenciar a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, pois em ambas os juízes fazem opções interpretativas. Na primeira, dentre duas ou mais possibilidades de aplicação da norma questionada, escolhe-se, dentre todas as demais, apenas uma forma de interpretação legítima, em detrimento das demais interpretações declaradas inconstitucionais. Na segunda, o Judiciário declara a inconstitucionalidade de apenas um caminho interpretativo da norma, permanecendo vivas as demais vias de interpretação daquele mesmo comando legislativo. A diferença seria, então, apenas em termos de extensão da sanção de inconstitucionalidade, mais ampla na primeira, por isso a sua escolha como um dos instrumentos limitativos. Entretanto, embora a doutrina brasileira manifeste-se na busca de outros critérios de diferenciação, não informa qual seria em verdade a utilidade prática de tal distinção (LAURENTIIS, 2012, p. 69).

A legitimidade do Poder Judiciário de escolher a opção interpretativa que mais se ajuste aos ditames da Constituição vem do seu posto de ser o guardião e o principal encarregado de proteger e indicar o alcance da força normativa constitucional, sempre respeitando a separação entre os Poderes, consoante analisamos no primeiro capítulo. E essa legitimidade de escolha vai ser aperfeiçoada pelo poder de complementação inerente ao labor judicial. Todavia, os juízes só podem utilizar a interpretação conforme a Constituição na existência de dúvida fundada sobre um enunciado normativo e não podem atuar de modo a desfigurar substancialmente a norma interpretada. Outras limitações são elencadas por Canotilho (2003, p. 1.311), quando adverte que deve ser respeitada a letra da lei e a intenção do legislador, bem como não pode ser tolerada a reconstrução de um comando normativo que não esteja evidenciado pelo texto legal.

Porém, o próprio Canotilho (2003, p. 1.311), após reconhecer o enorme grau de dificuldade que envolve a objetivação dos limites de atuação dos juízes na atividade de complementação jurídica no campo da interpretação conforme a Constituição, haja vista a linha tênue que perpassa entre a referida atividade e a real probabilidade de

246 Cunha Júnior (2012, p. 91) explica que: “Na eventual hipótese de existirem várias interpretações, porém todas em conformidade com a Constituição, deve-se adotar aquela interpretação que seja a *melhor orientada* para a Constituição, ou seja, a que melhor realiza a Constituição.” (grifos originais)

transgressão à separação entre os Poderes, vai afirmar dessa possibilidade de complementação judicial:

Mais explicitamente pergunta-se se esta complementação jurídica em conformidade com a Constituição poderá revestir a forma de **interpretação correcta da lei conforme a Constituição**. A interpretação correctiva justifica-se pela prevalência das normas e princípios constitucionais, mas deve, num Estado de direito democrático, salvaguardar a liberdade de conformação do legislador. (CANOTILHO, 2003, p. 1.311-1.312) (destaques originais)

A leitura do excerto acima transcrito evidencia a posição do jurista lusitano sobre o poder de complementação dos juízes, o qual conclui de maneira inequívoca ser permitido ao Poder Judiciário fazer uso da interpretação conforme a Constituição para complementar a atividade legislativa, corrigindo-a, sempre com o objetivo de salvaguardar normas e princípios constitucionais e sem destoar substancialmente da vontade original.²⁴⁷ Streck (2002, p. 460) comunga de igual entendimento ao sustentar que o instrumento-interpretativo em questão pode ser empregado como um “remédio que adapte a nova lei ao sentido da Constituição, *mesmo que isto contrarie a maioria parlamentar*” (destaques originais), embora a norma já traga em si a pecha de inconstitucionalidade desde o seu nascedouro.²⁴⁸ É esse poder de complementação que pretendemos transportar para o direito penal, com o objetivo de reconduzi-lo às suas origens, realçando a sua essência subsidiária, minimalista e racional.

Fiel à paisagem de argumentação até aqui construída, não podemos concordar com Laurentiis (2012, p. 117) quando afirma que “o Tribunal Constitucional não pode se desvincular da vontade, subjetiva ou objetiva, expressada pelo legislador, mesmo que esta vontade seja inequivocamente inconstitucional.” Isso seria o mesmo que negar uma das facetas do poder de complementação judicial, consistente na possibilidade de conceder uma interpretação adequada aos textos de lei, visando à manutenção da

247 Por oportuno: “O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza pode compreender uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela.” (BARROSO, 2012, p. 315)

248 Tratando do poder de complementação como adaptação, Streck (2002, p. 460) vai mais além, verberando que “*em havendo um dispositivo legal incongruente com a Constituição e não havendo o legislador tomado as necessárias providências de adaptação daquela a este, o Tribunal necessariamente tem o dever de realizar a correção.*” (destaques originais)

essência garantista da nossa Constituição. Por óbvio, se a inconstitucionalidade da norma atingir um nível máximo de inutilidade, nada poderá ser feito pelos juízes, a não ser retirá-la do ordenamento pela atividade declarativa adequada.

Por tudo quanto já dito, propomos a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição nas hipóteses envolvendo, por exemplo, os crimes de perigo abstrato e os delitos cumulativos, de modo que seja preservada a constitucionalidade de cada tipo desenvolvido sob dita estrutura de delito, harmonizando a necessidade de proteção, potencializada pela sociedade do risco, sem prejuízo dos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo. Cada caso passaria a ser analisado de maneira peculiar para se aferir a existência ou não de culpabilidade e o juiz seria o maior responsável por isso. O garantismo seria, destarte, pelo crivo do Judiciário, concretizado em sua dupla vertente.²⁴⁹ Isso seria possível por meio da análise empírica de cada conduta, realizando-se uma leitura expansiva de cada crime de perigo abstrato ou delito cumulativo, embutindo a danosidade ou o perigo concreto de dano como elemento (normativo) estrutural do tipo. Desse modo, o juiz exerceria o seu poder complementar, aperfeiçoando a atividade do legislador penal, conduzindo-a aos berços da constitucionalidade.

Por conseguinte, os problemas lançados no terceiro capítulo seriam solucionados de maneira legítima e racional. Os casos iniciais traziam figuras delitivas contidas no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) e no art. 15 da Lei 10.826/2003, ambas enquadráveis na categoria dos crimes de perigo abstrato. Por sua vez, como delitos cumulativos, foram citados os artigos 29 e 38, ambos da Lei 9.605/98. Os casos eram, respectivamente, os seguintes: um determinando indivíduo i) ingeriu uma pequena quantidade de vinho e, dentro da mais perfeita normalidade, conduzia seu automóvel até o local de destino sem cometer nenhuma transgressão apta a criar uma situação de perigo concreto, conquanto apresente “0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar” (art. 306, §1º, inc. I, *in fine*); ii) disparou sua arma, para fins de verificação

249 A propósito: “É a partir dessa perspectiva de análise que acreditamos não incorrer em excessos lingüísticos ao nos pronunciarmos sobre um modelo garantista integral. Um modelo que corresponde, nada mais e nada menos, a essa *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais. Um modelo que se mantém fiel à tradicional função dos direitos fundamentais como barreiras à ação estatal, mas que agrega condição a função protetiva que o Estado há de exercer, em determinado ponto ou medida, a esses mesmos direitos fundamentais, em face das reais ameaças do poder privado” (FELDENS, 2008, p. 63-64). (destaque original)

de aptidão de disparo, no quintal de sua ampla residência, direcionando o projétil para o chão de areia; iii) apanhou um único animal silvestre, sem autorização legal; e iv) procedeu ao corte de uma única árvore situada em floresta de preservação permanente.

Pela leitura dos problemas sugeridos, todos os crimes já estariam automaticamente concretizados, em razão do novo direito penal calcado no risco, marcado pela antecipação da tutela e pela relativa preocupação com os conceitos de bem jurídico ou de lesividade. Entretanto, como já afirmado, interpretações simplórias não se nos afiguram admissíveis, sendo obrigação judicial a análise concreta e específica da culpabilidade, levando em consideração a realidade fática de cada caso levado a julgamento. Por esse viés, as condutas típicas antes narradas nas duas primeiras hipóteses (crimes de perigo abstrato) não seriam crimes, pois não houve ofensa ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado, restando ausente a lesividade como elemento normativo necessário do tipo. Quanto à terceira e quarta condutas (delitos cumulativos), somente haveria delito, em sendo comprovada uma situação específica de risco (lesão ou perigo concreto de lesão) ao sistema ambiental respectivo de cada localidade, o que poderia ser feito mediante adequada perícia ambiental.

A interpretação conforme a Constituição, como demonstrado, teria grande contributo a fornecer às categorias dos crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos, racionalizando a aplicação do direito penal nessas hipóteses pela inserção do princípio da lesividade, o qual se tornaria elemento normativo necessário do tipo, pela via do poder de complementação dos juízes. Em contrapartida, os delitos com natureza administrativa, caracterizados pela imposição de uma pena em virtude da prática de condutas em “desacordo com determinação legal ou regulamentar”, sem previsão de ofensas a bens jurídicos específicos com dignidade penal, valendo citar como exemplo os artigos 310 do CTB e 12 da Lei 10.826/2003, não podem ser abarcados pelo poder complementar, devendo ser declarados inconstitucionais.²⁵⁰ A penalização de tais

250 Sobre esse ponto, os críticos poderiam de início levantar questionamentos sobre o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, afirmando que essa modalidade de delito deveria receber também a declaração de inconstitucionalidade, para fins de evitar contradições no bojo da teoria por nós defendida. Nesse quadrante, adiantamos nossa defesa em dois argumentos. O primeiro argumento é legal e emana do desejo constitucional originário do legislador de ver criminalizado o tráfico, diferenciando-o dos demais delitos (art. 5, inciso, XLIII). Por isso, o mencionado delito seria uma exceção ao princípio da lesividade. O segundo argumento é doutrinário e oriundo das palavras de Kuhn (2013, p. 80) ao tratar das revoluções científicas: “Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que as suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece)

condutas deve partir de outras áreas do direito, em homenagem ao caráter subsidiário do direito penal.

Portanto, vimos que o princípio da lesividade, pela via da complementação judicial interpretativa, viabiliza constitucionalmente a tendência de antecipação legislativa da tutela penal. Ademais disso, concretiza na prática a cooperação entre os Poderes.²⁵¹ Outrossim, a interpretação conforme a Constituição, como agora retratada, mantém incólume a presunção constitucional de inocência, haja vista que o ônus de provar a lesão ou perigo concreto de lesão deslocar-se-ia para o acusador, como deve ser. E, por fim, outro ganho substancial resultante da nossa proposta seria a retomada do centro de imputação do direito penal clássico, ou seja, a reprovabilidade penal deixaria de ser direcionada prematuramente para a conduta, retornando para o resultado, seu local de origem, impedindo a odiosa construção dos crimes de comportamento.

CONCLUSÕES

Após toda linha de argumentação expendida, o leitor atento percebeu que a proposta principal da dissertação, em última análise, foi a concretização do minimalismo penal através da atuação jurisdicional. E a justificativa para tanto deitou suas raízes na Constituição Federal brasileira e na insistência legislativa criminalizadora. Com efeito, constatou-se que não se pode assistir inerte à expansão do

explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada.”

251 Por oportuno, Ramos (2013, p. 92) sinaliza que o princípio da separação de poderes, “que veio a ser adotado pelo Estado constitucional como vetor da estrutura organizatória do Estado e como mecanismo de controle, passa a ser hoje encarado como cooperação e não separação absoluta entre poderes, de modo a abarcar a multifuncionalidade e complexidade do Estado contemporâneo.”

direito penal em detrimento de um ordenamento constitucional pautado na dignidade humana. E o pior de tudo, agravando ainda mais a situação de transgressão aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, é que a produção legislativa em matéria penal vem ocupando o protagonismo das respostas estatais aos novos problemas sociais. Ao invés de efetivar as políticas sociais preventivas impostas pela Constituição, viu-se que o Estado transverte a ordem constitucional e abusa do direito penal.

Como o legislador não indicava sinais de mudança de rumo, ao mesmo tempo em que os administradores pareciam ratificar a realidade sócio-jurídica existente, algo precisava ser feito. Buscou-se, então, uma solução no Poder Judiciário, órgão responsável pela última palavra em matéria constitucional, capaz de atuar como elemento estabilizador do ordenamento jurídico, acenando para uma saída triunfante diante do apontado quadro de inconstitucionalidades descrito ao longo da dissertação. Outrossim, procurou-se contextualizar a atuação dos juízes no combate à expansão penal, delineando-se as novas diretrizes do direito constitucional vigente, notadamente o direito constitucional brasileiro, marcado pelas modificações substanciais trazidas pelo neoconstitucionalismo, bem como pelas inéditas características decorrentes da sociedade do risco, centrando energia em realçar a necessidade do consumo como seu eixo principal e todos os problemas dela provenientes.

Embora caminhem em direção oposta à intensa força gravitacional punitiva e sem ter a pretensão de esgotar o assunto em estudo, mas procurando contribuir para o desate de alguns dos pontos controversos do direito penal, as principais conclusões são enumeradas a seguir.

1) Vive-se hoje sob um novo direito constitucional, o qual recebeu forte influência do neoconstitucionalismo, teoria jurídica nascida após a Segunda Guerra Mundial e responsável por promover o surgimento do Estado Constitucional de Direito, relegando o princípio da legalidade a um plano secundário. O neoconstitucionalismo traz como principais características o empoderamento da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais, além de ressaltar a força normativa da Constituição, içando-a ao posto de norma suprema dos ordenamentos jurídicos esclarecidos.

2) O neoconstitucionalismo somente alcançou o ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição de 1988, inaugurando uma nova era, haja vista o país ter deixado para trás vinte anos de regime ditatorial. E a referida Constituição foi generosa com seus jurisdicionados, eis que tratou de uma enorme quantidade de temas, caracterizando-se como dirigente. Apresentou, ainda, nítida formação principiológica,

ficando sob a responsabilidade dos juízes a difícil tarefa de decifrar os enigmas constitucionais.

3) A nova ordem constitucional encontra-se calcada na valorização dos princípios, ensejando uma maior flexibilidade para o exercício da hermenêutica jurídica, além de promover o reencontro entre a argumentação jurídica e a moral. Tudo isso, associado a um modelo de Constituição dirigente, com lastro campo de regulação vaga de direitos e tendo a possibilidade de amplo exercício do controle de constitucionalidade, via jurisdição constitucional, forneceu ao Poder Judiciário cristalina supremacia normativa, consagrando um nova conformação do princípio da separação entre os Poderes.

4) A amplitude de matérias constitucionalizadas, muitas de maneira incompleta, aliada a fatores diversos (evolução social, insuficiência de recursos, omissão do Legislativo e Executivo em concretizar direitos constitucionalizados etc.), impuseram ao Poder Judiciário a necessidade de optar por um entre dois caminhos: i) permanecer inerte e limitado a sua exclusiva e única função jurisdicional; ou ii) elevar-se ao nível dos demais Poderes, adotando posicionamentos firmes na manutenção da força normativa da Constituição, complementando-a, sempre que se fizer necessário, por meio do exercício da jurisdição constitucional. A segunda opção foi a escolhida.

5) Notou-se, então, nessa tarefa de resguardar os valores da Constituição, o surgimento do poder complementar dos juízes, o qual deve ser entendido como a capacidade legítima do Poder Judiciário e de todos os seus membros de densificar cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e princípios constitucionais e infraconstitucionais, incluindo a matéria penal, de modo a conceder uma interpretação consentânea com a essência garantista da Constituição. Caso contrário, e em último caso, a declaração de inconstitucionalidade mostrou-se como caminho a ser adotado, sempre na busca de um ordenamento jurídico hígido.

6) A legitimidade do poder complementar decorre do ônus de ser ele (o Judiciário) o intérprete moral da Constituição, cabendo-lhe a legítima defesa intransigente da força normativa dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais. Ademais, a legitimação pode ser observada na textura aberta das novas Constituições, clamando por atuação interpretativa dos juízes, no afã de acompanhar os avanços sociais, bem como na amplitude do controle jurisdicional de constitucionalidade. E, por fim, a legitimação emana do *caput* do art. 102, da Constituição brasileira. Todavia, a complementação deve cumprir os seguintes

requisitos: i) delimitação ao objeto do processo; ii) imparcialidade, traduzida na independência do julgador; iii) impossibilidade de instaurar a ação *ex officio*.

7) Existem, ainda, outros fatores de legitimação do poder complementar: i) o melhor acesso da população ao direito jurisdicional, já pronto e acabado; ii) a atuação retroativa nos casos difíceis (*hard cases*) não seria prejudicial à segurança jurídica, pois tais casos seriam caracterizados justamente pela insegurança do direito; iii) os escândalos políticos envolvendo os membros dos Poderes Legislativo e Executivo fortalecem o direito jurisdicional; iv) o direito jurisdicional complementar é produzido sob um novo viés instrumental do processo, com ampla participação da sociedade (audiências públicas, *amicus curiae* etc.), buscando-se a todo momento a legitimação do julgado também pelo aspecto procedimental; v) mesmo atuando contra as maiorias, a legitimidade emana da imposição constitucional de amparar direitos fundamentais, justificando as garantias da jurisdição (inamovibilidade, irredutibilidade de vencimento e vitaliciedade); por fim, vi) o próprio apoio do Congresso Nacional ao Poder Judiciário legitima ainda mais a complementariedade judicial via novas Emendas Constitucionais e Leis Ordinárias, valendo citar as Emendas 3/93 e 45/2004 e as Leis 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/2006.

8) Restou visível a intenção do legislador constituinte originário em atribuir valor supremo ao princípio da dignidade humana. Bem por isso, não se denotou sintonia entre os caminhos trilhados pelos Poderes Legislativo e Executivo e aquele indicado pela Constituição, onde o direito penal deveria ser utilizado de forma comedida, subsidiária. Em outras palavras: o uso do direito penal como principal resposta estatal aos novos problemas sociais viola os anseios mais qualificados da Constituição. Nesse passo, o Poder Judiciário apresentou-se como órgão legitimado a modular a atuação dos demais Poderes na construção de uma interpretação constitucional do direito penal voltada ao garantismo.

9) Apresentou-se o garantismo como um modelo normativo de direito, o qual tem em mira a legítima disciplina dos atos de restrição da liberdade humana por meio da lei, forçando o Estado a reconhecer o indivíduo como sujeito titular de direitos fundamentais. Por isso, permite-se concluir que a Constituição brasileira, dada a sua intensa carga normativa em prol do respeito à manutenção dos direitos e garantias fundamentais, possui nítida essência garantista. Deveras, extraiu-se do texto constitucional a intenção de maximizar a liberdade humana, limitando ao mínimo

possível o poder repressivo do Estado. Razão disso, em matéria de direito penal constitucional, a linha legítima a ser seguida pelos três Poderes é o minimalismo.

10) Viu-se o princípio da legalidade como a linha mestra estrutural do garantismo, encarado, a bem da verdade, como *conditio sine qua non* para a existência do referido modelo de limitação do poder estatal. Dito princípio biparte-se nos princípios da mera legalidade (dirigido ao juiz) e estrita legalidade (dirigido ao legislador). A mera legalidade seria apenas um requisito formal (condicionante). A estrita legalidade seria a necessidade de respeitar os direitos e garantias fundamentais através da formulação de leis penais necessárias, marcadas por significado unívoco, com exigência de indicar a ação e materialidade, possibilitando ao réu a refutabilidade da acusação, oportunizando-lhe a produção probatória e o pleno direito de defesa, num processo marcado pela jurisdição estrita.

11) Demonstrou-se o exercício legítimo da jurisdição caracterizado por três poderes judiciais: i) poder de denotação ou de verificação fática, identificado com a primeira etapa do exercício da jurisdição, momento no qual o juiz explicita qual a norma penal que foi violada; ii) poder de comprovação probatória ou de verificação fática a incidir sobre um fato passivo de prova ante a sua descrição taxativa; e iii) poder de conotação ou de discernimento equitativo, o qual se afirmou tratar-se de um poder com aptidão para viabilizar de forma pormenorizada a culpabilidade de qualquer acusado, fazendo alusão às circunstâncias que aumentam ou diminuem a gravidade do fato praticado. Em contrapartida, deve-se rejeitar o quarto poder, qual seja, o poder de disposição, pois avesso à estrita legalidade, uma vez incidir sobre expressões indeterminadas e antinomias semânticas, incapacitando a formação de um juízo penal cognitivo, ante a inverificabilidade jurídica e fática dos seus termos.

12) Percebeu-se que o bem jurídico penal deve permanecer vivo na teoria do delito, por se tratar de patente garantia constitucional a incidir na restrição do poder punitivo estatal, sempre tendo por norte um referencial antropocêntrico. Como consequência, o princípio da lesividade apresentou-se como elemento estrutural obrigatório da sentença penal condenatória, eis que atrelado à ideia de bem jurídico, motivo por que deve servir como farol a iluminar toda atividade legislativa afeta ao direito penal, impossibilitando a criação de novos delitos sem lesividade ou perigo concreto de lesão.

13) Restou-se evidente a necessidade de construir um diálogo permanente de cooperação entre os três Poderes republicanos, de modo a viabilizar a construção de um

direito penal minimalista. Assim, quatro critérios devem ser observados: i) a construção legislativa de um delito deve avaliar sua possibilidade de verificação empírica, sempre conectada a uma lesão ou perigo concreto de lesão; ii) os bens privados pela pena não podem ter maior importância constitucional do que os bens protegidos por ela (a pena), desde que a proteção possa ser efetiva pela via cível ou administrativa; iii) a proteção penal dever ser útil, sendo ilegítima toda proteção penal que não esteja apta a produzir efeitos práticos (por exemplo, efeito intimidatório); e iv) por fim, a tutela penal de um bem jurídico somente se justifica e ganha credibilidade quando é antecedida de uma política extrapenal de amparo a esse mesmo bem jurídico (conscientização ambiental, educação para o trânsito etc.).

14) Vive-se hoje numa típica sociedade de consumo, onde a procura pelo “novo” implica intensa atividade direcionada ao desenvolvimento científico, sem que se saiba ao certo quais serão os eventuais resultados produzidos, criando um quadro nebuloso de incerteza e insegurança, onde todos são vítimas em potencial. Assim, o risco passa a ser elemento característico das sociedades modernas, compondo a espinha dorsal da estrutura econômica. Como consequência, a normatização do risco é vista na antecipação da tutela punitiva, com o abuso dos crimes de perigo abstrato; na relativização do princípio da lesividade, com o fortalecimento dos delitos acumulativos; e, por fim, no uso de penas criminais para proteção de bens jurídicos que poderiam ser adequada e eficazmente protegidos por típicas penalidades de natureza administrativa, ensejando essa última modalidade patente inconstitucionalidade material.

15) Ressoou-se nítida a construção de uma nova roupagem ao direito penal, que começa a despir-se de sua função originária de ser o protetor das liberdades contra os eventuais abusos do Estado, passando a ocupar o posto de aliado desse mesmo Estado na equalização dos riscos e conseqüente organização social, aproximando-se, portanto, do direito administrativo. E o traço marcante dessa nova configuração do direito penal foi notado pelo acolhimento do princípio da precaução, o qual vem repercutir de modo tão incisivo ao ponto de reformular a atual política criminal e balançar a estrutura dogmática da teoria do delito.

16) O consumo passou a exercer um papel decisivo na nova estrutura da sociedade pós-industrial. Por isso, os indivíduos são incentivados a consumir a todo o momento, mesmo quando não há necessidade (consumismo). Desse modo, aquele indivíduo que não pode consumir bens e serviços, contribuindo para o mercado capitalista, torna-se um excluído social, vivendo à margem do sistema econômico. A

situação agrava-se quando o Estado não consegue implementar políticas públicas emancipatórias e inclusivas, conforme preconizado pela Constituição brasileira. Tal cenário erige-se num quadro perfeito para o aumento da criminalidade.

17) Viu-se o aumento da criminalidade como o responsável por incutir na sociedade um sentimento de medo generalizado. Contudo, o sentimento de medo é prejudicial ao mercado capitalista, pois tem o condão de inibir o consumo de bens materiais e serviços. Há, então, a necessidade de se transmitir sensação de segurança. A mídia, nesse contexto, encampou a crença criminológica da pena como única solução dos conflitos ligados à segurança pública. Já não mais se questiona a racionalidade e a efetividade do sistema penal. Não importa se a pena vem cumprindo sua missão de prevenção e reinserção social do apenado. A ordem do dia, impulsionada pela imprensa atual, prega por mais penas para quem não consome. Penas antecipadas, penas sem bem jurídico determinado, pena sem lesividade, penas, por isso, ilegítimas e irracionais.

18) A necessidade de expansão do direito penal é impulsionada pelo medo generalizado, ensejando a criação de típica legislação simbólica, despida de racionalidade e de efeitos práticos benéficos. Novos delitos são criados apenas para demonstrar a capacidade de ação do Estado, funcionando como um álibi para aplacar anseios populistas. Ao juiz cabe aferir o nível de simbolismo de cada tipo penal capaz de fulminar a sua aplicação por ilegitimidade, atentando-se para os elementos objetivos indiciários do simbolismo penal e da legislação penal álibi: i) dificuldade em saber qual é o bem jurídico tutelado; ii) criação de delitos para atender determinado segmento da sociedade; iii) utilização do direito penal como *prima ratio* ou *sola ratio*; iv) surgimento de novos crimes como resultado de um momento de grande comoção pública.

19) O processo de expansão do direito penal é alimentado substancialmente pelas modificações resultantes da sociedade do risco, mormente pela incorporação do princípio da precaução ao direito penal. Com efeito, a massificação dos crimes de perigo abstrato e delitos cumulativos, objetivando proteger os novos bens jurídicos coletivos, terminaram por demonstrar a incapacidade das estruturas da teoria clássica do delito para tal finalidade. A grande incongruência reside em reconhecer a constitucionalidade de um delito desnudo de lesividade mínima a qualquer bem jurídico penal, sem violar um sistema constitucional estribado no garantismo. Nesse ponto, deve ter incidência o poder complementar dos juízes e a teoria dos instrumentos limitativos da expansão penal, salvaguardando a produção legislativa, sempre que possível.

20) Os instrumentos com maior aptidão para responder a contento o problema proposto são os seguintes: i) a dignidade da pessoa humana (deve ser um norte a guiar toda interpretação penal, a qual deve ser pautada sempre na busca da mínima intervenção penal); ii) o devido processo penal material (o devido processo legal teve seu raio de atuação aperfeiçoado pelos juízes e já há algum tempo ostenta uma versão formal e outra material, esta última versão originou o devido processo penal material, com aptidão para contribuir na contenção do direito penal através da análise de razoabilidade de cada tipo); iii) o funcionalismo penal (doutrina com potencial de influenciar na formação de um novo direito penal, marcado por uma dogmática mais racionalizada, capaz de sobreviver perante a sociedade de risco); e iv) a interpretação conforme a Constituição (serve como uma ponte no cotejo do direito penal ante os princípios constitucionais, especialmente o princípio da lesividade, atuando como técnica de interpretação ou mecanismo de controle de constitucionalidade).

21) Portanto, respondendo ao problema proposto, o Poder Judiciário brasileiro não só pode como deve contribuir na contenção da expansão ilegítima do direito penal. A possibilidade de auxílio é decorrente do poder complementar dos juízes, viabilizado pela teoria dos instrumentos limitativos. Por sua vez, a obrigação de contribuir nessa tarefa trata-se de uma imposição atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição Federal (legislador constituinte originário), razão pela qual não pode declinar dessa qualificada missão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Roberto. **Teoria da argumentação racional**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Tradução de Hernâni Donato. São Paulo: Nova Cultural, 2009.

ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.

ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ATAÍDE, Fábio. **Colisão entre poder punitivo do estado e garantia constitucional de defesa**. Curitiba: Juruá, 2010.

BACHOF, Otto, **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de Josué Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo** – Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da Lei Penal. In: **Revista Doutrina Penal**, n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987, p. 632-650. Tradução de Francisco Bissoli Filho. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015 às 17:11 horas.

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. **O crime de roubo, a força normativa da constituição federal e o princípio da insignificância – uma harmonização necessária.** In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, nº 9, p. 5169-5222, 2012. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_09_5169_5221.pdf Acesso em 19/05/2013.

_____. **O Poder Judiciário e o seu papel constitucional de impedir a administrativização do direito penal brasileiro.** In: **Revista da Escola Judicial do Estado de Sergipe** – nº 22. Aracaju: EJUSE/TJ, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** In: **Revista da escola nacional de magistratura** – Ano I, nº 2. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio.** Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>. Acesso em: 03 de novembro de 2014 às 17:11 horas.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Vida líquida.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene: consulte criminali*. Milano: Garzanti Libri, 1987.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal, vol. 1**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

_____. *Teoria generale del diritto*. Torino: G Giappichelli Editore, 1993.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CALLEGARI, André Luís; COLET, Charlise Paula; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Direito penal e globalização**: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Sergio Antonio Fabris Editor. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do direito penal**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução livre. Campinas, SP: Servana editora, 2010.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução de Eliana Granja *et all*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CIAPI, Silvio. **Crime organizado e gangues juvenis. A perspectiva italiana**. In: ZOMER, Ana Paula. **Ensaio criminológicos**. Tradução de Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?** In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz; **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**. Tradução de Paulo César Busato. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. 4. ed. Tradução de Paulo César Busato. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRIZAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale: II, L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*. 6. ed. Padova: Cedam, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A Intervenção de Terceiro no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade - A Intervenção do Particular, do Co-legitimado e do “Amicus Curiae” na ADIN, ADC e ADPF**. In: EVOCATI Revista nº 15 (01/03/2007). Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=110&tmp_secao=10&tmp_topico=direitoconst. Acesso em 04/02/2015.

_____. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DANTAS, Fernando Luís Lopes. **O juiz e o constitucionalismo contemporâneo: alguns atributos para o exercício das jurisdições ordinária e constitucional**. In: COELHO NETO, Ubirajara (Organizador). **Temas de direito constitucional: estudos em homenagem ao Prof. Carlos Rebelo Júnior**. Aracaju: Evocati, 2013.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Vol. 12. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal do equilíbrio**. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

_____. **Direito penal, Tomo II**. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra editora, 2013.

DIMOULIOS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DOTTI, René Ariel. **Movimento antiterror e a missão da magistratura**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces em tempos de interpretação moral da constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, volume XLVIII, números 1 e 2. Lisboa: Coimbra editora, 2007.

EYMERIC, Nicolau. *Manual de inquisidores*. 3. ed. Barcelona: Editorial Fontamara, 1974.

FARIA, Bento de; **Código penal brasileiro comentado. Volume II**. 3. ed. Rio de Janeiro: Distribuidora Récor Editôra, 1961.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do direito penal.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal:** um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria geral do estado.** Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FÖPPEL, Gamil. **O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista.** In: FÖPPEL, Gamil (coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FÖPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael de Sá. **Crimes tributários.** Salvador: JusPODIVM, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** Histórias de violência nas prisões. Tradução de Raquel Remalhete. 38 ed. Petrópolis, Rio de Janeiro. 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço urbano e criminalidade:** lições da escola de Chicago. Vol. 22, São Paulo: IBCCRIM, 2002.

GARLAND, David. **A cultura do controle:** Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Vol. 16. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada.** São Paulo: Companhia das letras, 2002.

GILMAN, Dan. *Around juristocracy: the reallocation of judicial authority in preemption doctrine.* Disponível em: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=schmooze_papers. Acesso em: 14 de dezembro de 2015 às 13:45 horas.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUIMARÃES, Alessandro de Araújo. **Hermenêutica Constitucional e a Concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. In: **EVOCATI Revista** nº 105 (18/09/2014). Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=632&tmp_secao=10&tmp_topico=direitoconst. Acesso em 04/02/2015.

GUIMARÃES, Cecília Nogueira. **O dever do Estado-Administração em implementar políticas públicas dos idosos**. In: COELHO NETO, Ubirajara (Organizador). **Temas de direito constitucional: estudos em homenagem ao Prof. Carlos Rebelo Júnior**. Aracaju: Evocati, 2013.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. New York: Signet Classics, 2003.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. *Crítica del derecho penal de hoy*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

_____. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey 2007.

_____. **História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra**. In: **Revista Inf. Legisl.** Brasília, a. 30, n. 118, abr/jun 1993. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176133>. Acesso em: 21 de dezembro de 2015 às 12:55 horas.

HEFENDEHEL, Roland. *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?* In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 04-14, 2002. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf. Acesso em: 21 de janeiro de 2015 às 13:00 horas.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida *et al.* São Paulo: Saraiva, 2009.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana**: princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2009.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari. 2. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2012.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Tratado de direito penal**: Teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KANT, Imanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeria e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Leandro Farina. São Paulo: Minelli, 2003.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Interpretação conforme a constituição**: conceitos, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MALARÉE, Hernán Hormazábal; RAMÍREZ, Juan J. Bustos. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

MARCUSE, Herbert. **Eros e Civilização**: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. Tradução de Álvaro Cabral. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Vol. 11. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENEZES, Carlos Alberto. **O limite das exculpantes penais: a inexigibilidade de conduta diversa como topos e solução**. São Cristóvão: Editora UFS, 2014.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, Tomo II**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDOLA, Picco Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. 6. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.

MONTE, Elio Lo. *Osservazioni sulla contrapposizione tra sicurezza e libertà nella recente legislazione penale: una pericolosa tendenza*. In: FÖPPEL, Gamil (coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **A tutela (não) penal dos delitos por acumulação**. In: **Revista Liberdades**, número 14, setembro/dezembro de 2013. Disponível em: http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/18/entrevista1.pdf. Acesso em 13/03/14.

PAIVA, Paulo. **Juristocracia?** In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito constitucional penal**. Coimbra, Almedina, 2011.

PELUSO, Antonio Cezar; AMORIM, José Roberto. **As constituições do Brasil: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1988 e suas emendas**. Barueri, SP: Manole, 2011.

PESSOA, Flavia Moreira Guimarães. EVOCATI Revista nº 13 (14/01/2007). **Bioética, Direito Penal e o Crime de Descarte ou Leveração de Organismos Geneticamente**

Modificados. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=101&tmp_secao=16&tmp_topico=direitopenal#. Acesso em 04/02/2015.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRIEUR, Michel. *Droit de L'environnement.* 6. ed. Dalloz, Paris, 2011.

PULITANÒ, Domenico. *Diritto Penale.* 5. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal.** 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional:** constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal:** parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes.** Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais:** Teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.** In: **Revista do Instituto Brasileiro dos Direitos Humanos,** Fortalezas, Ano 2, Vol. 2. Num. 2, 2001, p.49-67. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/ibdh/revista_do_ibdh_numero_2.pdf>. Acesso em 07/04/2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** Tradução de José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Estudos de direito penal.** 2ª edição revista. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Vol. 3. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo. **Teoria da imputação objetiva**: Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

_____. *Tiempos de derecho penal: escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*. Madrid: Edisofer S. L., 2009.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Direitos fundamentais e direito penal**: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos ‘fundamentalismos’ hermenêuticos. In: **Revista da Esmesc** – v. 15, nº 21, 2008.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades** In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (org.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013.

SCHIER, P. R. **Novos desafios de filtragem constitucional no momento do Neocostitucionalismo**. In: SOUZA NETO, C. P. e SARMENTO, D. (coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VARJÃO, Alan Jefferson Santos. **A proposta da constitucionalização do direito como via de legitimidade para o direito penal contemporâneo**. In: COELHO NETO, Ubirajara (organizador e editor). **Temas de direito constitucional**: estudos em homenagem ao Prof. Carlos Augusto Alcântara Machado. Aracaju: Ubirajara Coelho Neto editor, 2013.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Vol. 7. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006.

_____. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.